



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MARCELO CAPISTRANO CAVALCANTE**

**ADVOCACIA PÚBLICA NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS: TUTELA  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR VIAS ALTERNATIVAS À JURISDIÇÃO**

**FORTALEZA**

**2018**

MARCELO CAPISTRANO CAVALCANTE

ADVOCACIA PÚBLICA NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS: TUTELA  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR VIAS ALTERNATIVAS À JURISDIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

FORTALEZA

2018

Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

- C364a Cavalcante, Marcelo Capistrano.  
Advocacia pública na solução consensual de conflitos : tutela dos direitos fundamentais por vias alternativas à jurisdição / Marcelo Capistrano Cavalcante. – 2018.  
128 f.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2018.  
Orientação: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.
1. Advocacia pública. 2. Solução consensual de conflitos. 3. Interesse público. 4. Direitos fundamentais  
I. Título.

CDD 340

---

MARCELO CAPISTRANO CAVALCANTE

ADVOCACIA PÚBLICA NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS: TUTELA  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR VIAS ALTERNATIVAS À JURISDIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Janaína Soares Noleto Castelo Branco  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Ivo César Barreto de Carvalho  
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

A meus pais, por todos os ensinamentos.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha esposa Mirella, eterna companheira que me faz querer ser um homem melhor a cada instante.

A meus pais, por todos os ensinamentos de vida, de caráter, humildade, felicidade e união.

À minha irmã, pela sempre fiel companhia e pelas discussões e estudos nos últimos anos.

Ao professor orientador, Juvêncio Vasconcelos Viana, pela disponibilidade e oportunidade de compartilhar seus conhecimentos, mesmo diante de seus afazeres institucionais na Procuradoria-Geral do Estado do Ceará. Muito obrigado pelo esforço em minha orientação.

Aos professores da banca examinadora, pela disponibilidade e presteza na leitura.

Aos meus colegas da Procuradoria Jurídica da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE), por todo o apoio e discussões que muito contribuíram para a elaboração deste trabalho.

A todos os amigos e familiares.

"... a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça". (José Saramago)

## RESUMO

A dissertação em referência tem por propósito analisar as formas de tutela jurídica dos direitos fundamentais por parte da Advocacia Pública, notadamente quando do seu exercício em soluções consensuais de conflitos. Investigam-se os óbices para o Estado chegar a uma consensualidade, revendo uma análise tradicional dos argumentos aparentemente impeditivos, tal qual o princípio da legalidade e o da indisponibilidade do interesse público e de sua supremacia sobre o interesse particular. Estudam-se as vias ditas alternativas à jurisdição, notadamente mediação e conciliação, a incluir seus respectivos procedimentos e a participação da Fazenda Pública em tais mecanismos de solução consensual. Parte-se da premissa de que nem sempre o exercício da jurisdição deve ser a via eleita para composição, notadamente diante do alto custo da máquina estatal, de sua morosidade ínsita, bem como da eventual fragilidade jurídica do argumento a ser defendido em juízo pela Administração Pública. Igualmente, há de se perfazer uma crítica análise institucional, qual seja, a de que Advocacia Pública deve se aproximar da Advocacia de Estado, e não simplesmente da Advocacia de Governo, sempre mediante um quadro estruturado por integrantes de carreira, aptos a garantir o respeito aos princípios republicanos da Constituição Federal e, com isso, propiciar um maior amparo ao interesse público primário ou coletivo, em detrimento da defesa única e exclusiva do interesse público secundário ou patrimonial da pessoa jurídica apresentada. Tem-se a premissa de que a Advocacia Pública, como função essencial à justiça, pode contribuir de diversas formas na promoção de direitos fundamentais, bem como no desenvolvimento de políticas públicas dos mais diversos tipos, não se limitando sua atuação à verificação de análise jurídico-formal diante das regras do ordenamento, mas mediante uma participação ativa nos processos de formulação, decisão, implementação e avaliação daquelas. A metodologia utilizada neste trabalho centra-se, primordialmente, na pesquisa bibliográfica, tendo em vista o caráter eminentemente teórico, consistindo, principalmente, na leitura e no exame das obras referenciadas.

**Palavras-chave:** Advocacia Pública; solução consensual de conflitos; interesse público; direitos fundamentais.



## ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the forms of legal protection of fundamental rights by the Public Attornment, especially when exercising it in consensual solutions of conflicts. The obstacles for the State to reach a consensus are investigated, reviewing a traditional analysis of the apparently impeditive arguments, such as the principle of legality and the unavailability of the public interest and its supremacy over the private. The so-called alternatives to the jurisdiction are studied, notably mediation and conciliation, to include their respective procedures and the participation of the State in such mechanisms of consensual solution. It is based on the premise that the exercise of jurisdiction should not always be the chosen way of composition, especially in view of the high cost of the state machine, its intrusive delays, as well as the possible legal fragility of the argument to be defended in court by the Public Administration. Likewise, a critical institutional analysis must be carried out, namely that Public Attornment should approach State Attornment, not simply Government Attornment, always through a framework structured by career members, able to guarantee respect for principles of the Federal Constitution and, thereby, provide greater protection to the primary or collective public interest, instead of the sole and exclusive defense of the secondary or economic public interest of the legal entity presented. It is based on the premise that Public Advocacy, as an essential function of justice, can contribute in various ways to the promotion of fundamental rights, as well as in the development of public policies of the most diverse types, not limiting its action to the verification of legal analysis - formal in accordance with the rules of order, but through an active participation in the processes of formulation, decision, implementation and evaluation of those. The methodology used in this work focuses primarily on bibliographical research, considering the eminently theoretical nature, consisting mainly of reading and examining the referenced works.

**Key-words:** Public Attornment; consensual solution of conflicts; public interest; fundamental rights.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>ADVOCACIA PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....</b>	<b>15</b>
<b>2.1</b>	<i>Advocacia Pública como Função Essencial à Justiça .....</i>	<i>17</i>
<b>2.1.1</b>	<b>A dualidade de comportamentos pelo Advogado Público na função consultiva e contenciosa.....</b>	<b>19</b>
<b>2.1.1.1</b>	<i>A importância do parecer jurídico exarado pelo Advogado Público.....</i>	<i>24</i>
<b>2.2</b>	<i>O papel da Advocacia Pública na ordem jurídica constitucional contemporânea: representação judicial e extrajudicial de governo ou de Estado? .....</i>	<i>28</i>
<b>3</b>	<b>SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS .....</b>	<b>35</b>
<b>3.1</b>	<i>Formas de composição de conflitos.....</i>	<i>37</i>
<b>3.2</b>	<i>Mediação e conciliação.....</i>	<i>41</i>
<b>3.2.1</b>	<b>Campos de incidência e tratamento legislativo .....</b>	<b>43</b>
<b>3.2.2</b>	<b>Procedimento da audiência de conciliação e mediação .....</b>	<b>47</b>
<b>3.2.3</b>	<b>Crítica à necessidade de realização da audiência consensual como regra.....</b>	<b>49</b>
<b>4</b>	<b>ADVOCACIA PÚBLICA NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS .....</b>	<b>55</b>
<b>4.1</b>	<i>Atuação da Advocacia Pública na mediação e conciliação .....</i>	<i>56</i>
<b>4.1.1</b>	<b>Dificuldades enfrentadas pelo Advogado Público em meios de autocomposição .....</b>	<b>59</b>
<b>4.1.2</b>	<b>Crise de legalidade estrita .....</b>	<b>61</b>
<b>4.2</b>	<i>Interesse público .....</i>	<i>66</i>
<b>4.2.1</b>	<b>Interesse público primário e secundário.....</b>	<b>68</b>
<b>4.2.2</b>	<b>Supremacia do interesse público sobre o particular.....</b>	<b>72</b>
<b>4.2.3</b>	<b>Indisponibilidade do interesse público.....</b>	<b>75</b>
<b>5</b>	<b>TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ADVOCACIA PÚBLICA NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS.....</b>	<b>79</b>
<b>5.1</b>	<i>Direitos fundamentais.....</i>	<i>79</i>
<b>5.2</b>	<i>Políticas públicas.....</i>	<i>83</i>
<b>5.2.1</b>	<b>Ativismo judicial .....</b>	<b>87</b>
<b>5.2.2</b>	<b>Importância da Advocacia Pública no processo de políticas públicas.....</b>	<b>89</b>

5.3	<i>Efetivação dos direitos fundamentais por intermédio da atuação da Advocacia Pública na solução consensual de conflitos</i> .....	94
5.3.1	<b>Agências Reguladoras e a efetivação dos direitos fundamentais nas soluções autocompositivas</b> .....	99
5.4	<i>Atuação do Advogado Público na solução consensual de conflitos à míngua de previsão legal específica</i> .....	102
6	<b>CONCLUSÕES</b> .....	111
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	117

## 1 INTRODUÇÃO

A importância da Advocacia Pública como função essencial à justiça é nítida desde sua positivação constitucional na Carta de 1988, mais precisamente no que concerne à representação judicial e extrajudicial dos entes federativos. Isso porque o papel da Advocacia Pública, como uma das engrenagens de uma função jurisdicional efetiva (um verdadeiro consectário do acesso à justiça em busca da satisfação da pretensão levada a juízo), obsta que aquela seja tratada tal qual um particular, haja vista a realização do interesse público ser o verdadeiro fio condutor da atividade administrativa.

A expressão “interesse público” representa exemplo de verdadeiro conceito jurídico indeterminado, poroso, maleável, porém de inestimável valia, podendo significar, em termos bem rudimentares, tanto o interesse da coletividade em prol de um bem comum (e daí sua supremacia ou indisponibilidade) quanto o interesse patrimonial do ente público. Em virtude de sua importância, a supremacia do interesse público sobre o particular, bem como a própria indisponibilidade do interesse público, para muitos, são verdadeiros dogmas ou “topoi” para a garantia de um perfeito funcionamento do regime jurídico administrativo.

A par do exercício da função jurisdicional tradicionalmente considerada, a qual culmina na prolação, por órgão competente, de uma decisão judicial imutável e imparcial para determinado caso concreto, aclara-se que o acesso à justiça não se resume tão somente àquela, englobando soluções ou métodos alternativos ao exercício clássico de jurisdição. E a este processo de redimensionamento da função jurisdicional estatal, garantindo-se sua efetividade por meio da adoção de soluções consensuais de conflitos, a Administração Pública não pode ficar alheia, mormente no escopo de garantir sua função institucional em consonância com os valores democráticos de uma ordem jurídica constitucional, podendo perfeitamente contribuir mais ainda o Advogado Público para a tutela jurídica de direitos fundamentais mediante mecanismos de autocomposição, sem relevar os interesses do ente juridicamente (re)presentado. O que se deve ter em mente é a necessidade de se analisar referido procedimento sob o prisma do interesse público, e dos consectários questionamentos daí advindos.

Nesse contexto, a presente dissertação busca, em linhas gerais, analisar os mecanismos de efetividade de direitos fundamentais tendo como ponto de partida a participação da Advocacia Pública nas soluções consensuais de conflitos, sem descurar de uma abordagem mais detida a respeito de interesse público envolvido.

Especificamente, pretende-se com o estudo ora apresentado analisar os seguintes pontos: 1) de que forma a atuação da Advocacia Pública, como instituição essencial à justiça, pode tutelar juridicamente os direitos fundamentais; 2) como conciliar a participação da Advocacia Pública na solução consensual de conflitos, em prol da tutela jurídica de direitos fundamentais, com sua função constitucional de representar judicial e extrajudicialmente a Administração Pública; 3) que diligências ou procedimentos podem ser tomados pelo Advogado Público em conciliação e mediação, levando-se em consideração os argumentos de supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público.

O tema demonstra ser de suma importância, uma vez que, em primeiro lugar, a ideia de advocacia pública na solução consensual de conflitos em prol da tutela de direitos fundamentais ainda é incipiente em nosso país, consoante se pode observar das recentes disposições legais previstas no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), bem como na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, a qual dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, tendo como paradigma a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, acerca da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Ademais, a busca por maiores esclarecimentos da temática em destaque é alvo de constante esforço da comunidade jurídica, a exemplo da “I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), realizada nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, em Brasília, na qual 87 enunciados foram aprovados com o objetivo, entre outros, de orientar a adoção de políticas públicas para a prevenção e solução extrajudicial de litígios.

O estudo divide-se em 05 capítulos, iniciando-se o primeiro deles com uma análise da Advocacia Pública e seu papel no Estado Democrático de Direito, notadamente como Função Essencial à Justiça. Com efeito, o Advogado Público, exerce a função de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, bem como a representação judicial e extrajudicial do ente público apresentado, devendo ser munido das necessárias prerrogativas institucionais para tanto. Mas tais prerrogativas conferem autonomia técnica ao Advogado Público? Há um comportamento diferenciado do Advogado Público quando de seu exercício funcional em atividade de consultoria e em representação judicial? Qual a relação entre Advocacia de Estado e Advocacia de Governo na atuação diária do Procurador?

Por sua vez, o segundo capítulo analisa a relação entre função jurisdicional estatal e os métodos de solução consensual de conflitos. Parte-se da premissa de que a tradicional

jurisdição não é mais necessária nem suficiente para conferir acesso à justiça ao cidadão, seja por haver outros métodos de heterocomposição ou equivalentes jurisdicionais (arbitragem), seja pela existência de mecanismos de soluções consensuais de conflitos ou de autocomposição, notadamente mediação e conciliação, analisando-se as semelhanças e diferenças entre ambas, bem como as respectivas disposições legais e formas de funcionamento de cada instituto, a incluir os procedimentos em audiência.

O terceiro capítulo discorre a respeito da atuação da Advocacia Pública na solução consensual de conflitos, notadamente diante dos entraves causados pelos controversos conceitos de interesse público (a incluir os argumentos de sua indisponibilidade bem como de sua supremacia face ao interesse particular) e de legalidade estrita, analisando-se, ao fim, as formas de efetivação dos direitos fundamentais, como forma de se fazer valer a boa-fé e a moralidade administrativa, por intermédio da Advocacia de Estado nas soluções consensuais de conflitos, propiciando a concretização daqueles com base na relação entre interesse público primário e secundário, bem como se procedendo à análise de entes federativos que já participam de soluções consensuais de conflitos, sugerindo diretrizes e implementações.

O quarto capítulo trata de noções gerais de direitos fundamentais e de políticas públicas, analisando o ativismo judicial que pode eventualmente incidir sobre ambos, ressaltando a importância da Advocacia Pública (inclusive das Agências Reguladoras) no processo de efetivação de direitos fundamentais em soluções autocompositivas, propondo-se atuações do Advogado Público em tais procedimentos à míngua de previsão legal específica.

No último capítulo, foram condensadas todas as conclusões advindas do estudo em tela, fazendo-se um encadeamento lógico para, ao fim, ser evidenciada a conclusão extraída da pesquisa.

Quanto à metodologia utilizada, consistiu principalmente em pesquisa de artigos e obras acerca de assuntos correlatos, além de levantamento da legislação referente ao assunto. Os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), bem como os da “I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, organizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), também foram pesquisados.

A partir do levantamento doutrinário, legislativo e jurisprudencial, procedeu-se à análise crítico-constructiva de todo o material, ou seja, foram confrontados argumentos contraditórios a fim de apresentar conclusões, bem como propostas concretas para a solução da problemática apresentada.

Apesar da novel regulamentação legal, certo é que há uma verdadeira carência de produção acadêmica no que atine ao tema em destaque, pois comumente se exhibe a Advocacia

Pública em sua função tradicional, qual seja, na de proteção judicial e extrajudicial do erário, olvidando-se de sua atuação em soluções de conflitos redimensionadas pela proteção e promoção de direitos fundamentais, geralmente neste tocante havendo menção tão só ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Logo, a escassez de obras jurídicas específicas também demonstra a imprescindibilidade de se proceder a uma investigação aprofundada sobre a temática em destaque.

## 2 ADVOCACIA PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A importância do advogado, mais precisamente do advogado “funcionário de Estado”, é evidenciada por Max Weber<sup>1</sup> ao tratar das habilidades do causídico que devem sempre confluir para uma “causa boa”, jamais exercendo uma função voltada para fins partidários ou políticos, afastando-se do interesse público<sup>2</sup>:

Ora, a função do advogado especializado consiste, exatamente, em defesa dos interesses daqueles que o procuram. Em tal domínio – e tal é a conclusão que se pode retirar da superioridade da propaganda inimiga – o advogado sobrepuja qualquer “funcionário”. Sem dúvida alguma, ele pode fazer triunfar, isto é, pode “ganhar” tecnicamente uma causa cujos argumentos têm fraca base lógica e que é, em consequência, logicamente “má”, porém é também o único a ter condições de fazer triunfar, isto é, de “ganhar” uma causa que se funda em argumentos sólidos e que é, portanto, “boa” em tal sentido. Acontece, infelizmente e com frequência demasiada, que o funcionário, enquanto homem político, faça de uma “boa” causa, do ponto de vista dos argumentos, uma causa “má”, em razão de erros técnicos. Temos experiência disso. Em medida cada vez maior, a política se faz, hoje, em público e se faz, portanto, com a utilização desses instrumentos que são a palavra falada e escrita. Pois bem, pesar o efeito das palavras é algo que se põe como parte relevante da atividade do advogado, mas não como parte da atividade de um funcionário especializado que não é demagogo e que, por definição, não o pode ser. Se ele, por infelicidade, tentar desempenhar esse papel, só poderá fazê-lo de maneira canhestra. O verdadeiro funcionário – e essa observação é decisiva para julgamento de nosso antigo regime – não deve fazer política exatamente devido a sua vocação: deve administrar, antes de tudo, de forma não partidária.

O estudo de direito comparado, segundo a pesquisa de Cláudio Grande Júnior<sup>3</sup>, permite observar dois grandes modelos de organização da Advocacia Pública, independentemente da família jurídica que cada Estado integra. O primeiro é o modelo unitário, no qual uma única instituição monopoliza as funções de advocacia estatal e de advocacia da sociedade. É o adotado na Inglaterra, País de Gales, Estados Unidos, Japão, Portugal e, com algumas ressalvas quanto à defesa do Estado em juízo, na extinta União Soviética e na China. O outro modelo é o dualista, que atribui as funções de advocacia estatal e de advocacia da sociedade a duas instituições distintas. Foi acolhido na Itália, Espanha,

<sup>1</sup> WEBER, Max. **Ciência e política**. Duas vocações. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2011, p. 95.

<sup>2</sup> Hugo de Brito Machado assim escreve em uma passagem de sua obra: “O artífice da norma que esteja a serviço dos poderosos elabora a norma utilizando conceitos vagos, gosta muito da expressão ‘interesse público’ e de alguma forma deixa aberta a porta para o arbítrio praticado com a aparência de comportamento juridicamente autorizado”. MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 28.

<sup>3</sup>GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59-86, p. 84.



Argentina e Peru. Por muito tempo o Brasil seguiu o modelo unitário, mas foi, aos poucos, avançando rumo ao dualista, até a Constituição Federal de 1988 consolidá-lo definitivamente.

Em verdade, com a Carta de Outubro, consolidou-se no Brasil a segmentação de uma Advocacia Pública “lato sensu”, compartimentando as funções de advocacia do Estado, da sociedade e dos necessitados a instituições distintas, quais sejam, ao Ministério Público, à Advocacia Pública em sentido estrito e à Defensoria Pública<sup>4</sup>.

Portanto, o termo “Advocacia Pública”, tal como denominado pelo constituinte, sagra-se como o conjunto das instituições de representação judicial e extrajudicial dos órgãos estatais. Sabe-se, contudo, que a doutrina<sup>5</sup>, muitas vezes, prefere a locução “Advocacia de Estado”, que corresponde à Advocacia Pública em sentido estrito, da forma aqui utilizada, sem abranger, portanto, a Defensoria Pública (advocacia dos necessitados) ou o Ministério Público (advocacia da sociedade em sentido estrito).

Juvêncio Vasconcelos Viana afirma que, por ter a Fazenda Pública uma realidade jurídico-material diversa da dos particulares, “não se pode ignorar o fato de que a Administração Pública é detentora de um regime jurídico próprio, contando, dentre outras características, com a supremacia do interesse público e a presunção de legitimidade dos seus atos<sup>6</sup>”.

Desse modo, as atividades primárias da Advocacia Pública, quais sejam, consultoria jurídica e representação judicial, devem sempre ser pensadas e reconduzidas a dois valores fundamentais do Estado Democrático de Direito: de um lado, legitimidade democrática e governabilidade, e, de outro, respeito e promoção do controle de juridicidade<sup>7</sup>.

É possível, portanto, sintetizar três características que fazem da Advocacia Pública uma função de Estado absolutamente particular: “Em primeiro lugar, a possibilidade e a perspectiva de atuação prévia. Em segundo lugar, a possibilidade e a perspectiva de atuação

---

<sup>4</sup>GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59-86, p. 59.

<sup>5</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23-52.

<sup>6</sup>VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética. 2003. p. 27.

<sup>7</sup>BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora — RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011, p. 220.

sistêmica. E, em terceiro lugar, a possibilidade e a perspectiva de atuação proativa do Advogado Público<sup>8</sup>”.

## 2.1 Advocacia Pública como Função Essencial à Justiça

O enquadramento da Advocacia Pública centra-se na ordem jurídica constitucional como Função Essencial à Justiça<sup>9</sup>, revelando-se como portadora do interesse público, devendo atender à finalidade da lei da consecução do bem comum, sendo relevante a afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente destacado com vida própria. Além disso, precisamente por participar no processo em virtude da existência de interesse público, compete ao próprio Poder Público propiciar o exercício de sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira, prevenindo-se de condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade a ser beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos despendidos<sup>10</sup>.

Nesta toada, em virtude de sua inestimável valia, não se pode perder de vista a necessidade de um tratamento diferenciado<sup>11</sup> em relação ao particular, haja vista a existência de um critério discriminatório lastreado em justificativa racional que propicia, à vista do traço desigualador adotado, o específico tratamento jurídico em função da desigualdade afirmada<sup>12</sup>, a exemplo de prazos diferenciados, remessa necessária, ausência de efeito material da revelia e outras prerrogativas sedimentadas como contrapontos a dificuldades institucionais, estruturais e ao excesso de burocracia da atividade administrativa.

---

<sup>8</sup> BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora — RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011, p. 223.

<sup>9</sup> “[...] a importância deferida pela Constituição Federal ao exercício da advocacia pública, colocando-a alijada do Capítulo do Poder Executivo, para assim inseri-la como função essencial à Justiça, no mesmo patamar institucional do Ministério Público, da Advocacia em geral e da Defensoria Pública, não se fez a título gratuito ou ao sabor de grupos de pressão, mas sim para deixar evidente a independência deste órgão em relação às demais funções do Estado quando no desempenho de seus misteres constitucionais.” CARVALHO, Juan Pablo Couto de. Advocacia-Geral da União: breve relato do maior escritório de advocacia do país In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 427.

<sup>10</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 61.

<sup>11</sup> Juvêncio Vasconcelos Viana afirma que, “considerando a inafastável implicação entre o direito (material) e o processo, seria incrível se o instrumento voltado à solução dos conflitos com a Administração não recebesse as influências do regime jurídico que lhe é próprio”. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética. 2003. p. 47.

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35.

Neste sentido, é conferida à Advocacia Pública a função de jungir os subsistemas sociais da política e do direito, compatibilizando políticas públicas definidas por agentes públicos eleitos ao quadro normativo oferecido pelo ordenamento jurídico, estando sua inserção no capítulo das funções essenciais à Justiça também relacionada ao valor da justiça e dos demais inerentes ao direito e à democracia<sup>13</sup>. Logo, “a Advocacia Pública pode e deve atuar proativamente no sentido de prevenir litígios, no sentido de aconselhar medidas e no sentido de recomendar que uma solução consensual seja preferível à solução litigiosa<sup>14</sup>”.

Diante do esposado acima, no sentido de que à Advocacia Pública compete atuar como função essencial à justiça, não se pode tolhê-la de participar de soluções outras aptas a garantir o acesso à justiça como direito fundamental. Imprescindível, portanto, a ruptura dogmática da cultura demandista para a da solução consensual, devendo a Administração Pública e os administrados valerem-se da arbitragem<sup>15</sup> e da mediação, ou, em caso de judicialização, optar pela conciliação<sup>16</sup>. Ademais, “é certo que o acesso à justiça não pode ser concebido apenas como o acesso à via judicial de resolução de conflitos, pois que justiça se faz também na via extrajudicial. Aliás, na atualidade, muito estímulo, em âmbito legislativo e de políticas públicas, há para a resolução extrajudicial dos conflitos<sup>17</sup>”.

Portanto, a Advocacia Pública não se constitui em função embasada na ratificação desmedida dos desejos provisórios de quem temporariamente detém o poder político, estando vinculada ao cumprimento das diretrizes constitucionais, implicando a afirmativa de que a

<sup>13</sup> BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora** — RPGMJF, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011, p. 219.

<sup>14</sup> BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora** — RPGMJF, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011, p. 223 e 224.

<sup>15</sup> “A Lei nº 13.129/2015 visou alterar a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), acrescentando-lhe dispositivos específicos acerca da arbitragem para resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública direta e indireta. Apesar de não se tratar especificamente de estímulo à forma consensual de resolução dos conflitos, tendo em vista que a arbitragem é forma de heterocomposição, significou forte avanço para a superação da ideia de indisponibilidade do interesse público, além do que a previsão de cláusula arbitral já se trata de negócio a ser celebrado pelo ente público, demonstrando sua maturidade para a celebração de acordos acerca da melhor forma de resolução do litígio, inclusive para sua submissão a organização não estatal. É paradigmático que o Estado seja autorizado por lei a submeter seus conflitos a organização privada.” CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 20. Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>16</sup> CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil — Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. **A&C — Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 225-251, abr./jun. 2016, p. 241.

<sup>17</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 44. Acesso em: 19 ago. 2018.

omissão, quando há deliberada negativa de direitos aos cidadãos pelo Estado, é ato grave, pois a advocacia tem como elemento essencial a luta perene pelas estruturas democráticas<sup>18</sup>.

A Advocacia de Estado, tanto quanto quaisquer dos demais ramos constitucionais das Funções Essenciais à Justiça, serve à sociedade, pois zela, no desempenho de seus respectivos cometimentos fundamentais, a representação judicial e a consultoria, por suas mais importantes instituições — Estado e o Direito — nas relações da Administração<sup>19</sup>.

O grande diferencial entre a Advocacia Pública e Privada é aquela observar a imposição de limites jurídicos à vontade de gestores públicos. Isso porque, se o Advogado Privado é o profissional que atende aos interesses do seu cliente, dentro dos limites da sua ciência e da sua consciência, o Advogado Público, além disso, deve reverência a limites específicos impostos pelo ordenamento jurídico. E tais balizamentos jurídicos devem ser estabelecidos tanto no exercício da consultoria como no exercício da representação judicial<sup>20</sup>.

### ***2.1.1 A dualidade de comportamentos pelo Advogado Público na função consultiva e contenciosa***

De fato, dois aspectos absolutamente cruciais para o tema em questão estão longe de um consenso: a) quais os interesses que devem ser defendidos pela Advocacia Pública em cada uma de suas atividades; b) qual a extensão da liberdade garantida ao Advogado Público no exercício de suas funções<sup>21</sup>.

Evidencia-se a relevância da consultoria jurídica na prevenção de conflitos jurídicos envolvendo o Poder Público, contribuindo para a efetivação do acesso à justiça, direito fundamental sem o qual seus titulares encontrar-se-iam totalmente despidos de garantias em face de ameaças ou lesões por quem quer que seja. Para Luciane Moessa de

<sup>18</sup> TASSE, Adel El. A missão do Advogado Público na defesa do Estado Democrático. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 25-35, out./dez. 2011, p. 30.

<sup>19</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23-52, p. 24.

<sup>20</sup> BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora — RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011, p. 222.

<sup>21</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56000>>, p. 01. Acesso em: 22 jan. 2018.

Souza<sup>22</sup>, há alguns aspectos que devem ser observados para que a atividade de consultoria jurídica seja exercida de forma coesa e atuante:

[...] a) a necessidade de o controle de legalidade evitar omissões ilícitas por parte da Administração Pública, orientando os seus dirigentes para a prática de deveres implícitos em suas competências; b) a necessidade de que os órgãos da Advocacia Pública profiram orientações jurídicas sempre que percebam que a sua ausência pode gerar um ilícito por parte da Administração Pública — e não apenas quando formalmente provocados; c) a necessidade de reconhecimento do efeito vinculante de todos os pareceres proferidos pelos órgãos da Advocacia de Estado, sob pena de inviabilizar-se o controle preventivo de legalidade; d) a necessidade de integração com a atuação contenciosa dos órgãos da Advocacia Pública, a fim de que seja exercida eficientemente a defesa judicial e mantida a coerência jurídica nos posicionamentos do ente público assistido.

Nada obstante, o controle interno da atividade administrativa guia-se pela orientação jurídica da Advocacia Pública, que se divide em consultoria e assessoramento, institutos distintos e bem delimitados.

A consultoria é exercida com larga autonomia e em benefício imediato da própria ordem jurídica e de toda a sociedade, pois com ampla liberdade a Advocacia Pública aponta qual a melhor decisão ou o melhor caminho, em termos jurídicos, a seguir. Já o assessoramento é mera função de apoio, exercida com menor autonomia e em benefício do Estado, para operacionalizar, conforme o ordenamento jurídico, uma decisão política. Aí se encontra uma distinção fundamental da Advocacia de Estado em relação ao Ministério Público, pois esse exerce apenas advocacia para a sociedade, enquanto aquele serve tanto para a sociedade (consultoria) como para o Estado (assessoramento)<sup>2324</sup>.

<sup>22</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165-185, p. 166.

<sup>23</sup>GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59-86, p. 64.

<sup>24</sup> “Constata-se, assim, quão necessária é a prevenção de conflitos jurídicos envolvendo o Poder Público. Esta função é a chamada consultoria jurídica aos órgãos públicos e é ela que deve (mas nem sempre consegue) evitar as situações de cometimento de ilícito pelo Poder Público, as quais podem resultar em litígios judiciais contra este e nos quais muitas vezes sobrevém (ou deveria sobrevir) uma condenação. Função pouco lembrada, até porque desempenhada por número muito menor de integrantes dos quadros públicos, normalmente exercentes de cargos em comissão, é o assessoramento jurídico, que se assemelha, por um lado, à consultoria jurídica, por envolver a aplicação espontânea de normas jurídicas por parte do Poder Público, de modo a evitar futuros questionamentos quanto à licitude de seus comportamentos, bem como a elaboração de projetos de lei e normas regulamentares. Por outro lado, distingue-se da consultoria por envolver uma orientação voltada não à realização dos valores permanentes do Estado, pré-definidos pela ordem jurídica (razão pela qual a consultoria, via de regra, deve ser vinculante), mas sim direcionada à realização de objetivos transitórios, de governo, em que a ordem jurídica revela-se apenas como limite e não como objetivo norteador, razão pela qual o assessoramento, em regra, não é vinculante.” SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In:

Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina os exercentes de tais funções de “assistentes jurídicos”, cujos “pronunciamentos ou encaminhamentos (...) não vinculam o Estado e nem mesmo o assistido”, ao contrário do que se passa com o consultor jurídico, que “emite uma vontade estatal, como órgão do Estado que é, vinculando-o de tal forma que, se a Administração não seguir o ditame, deverá motivar porque não o faz, sob pena de nulidade do ato<sup>25</sup>”.

Para tanto, o Advogado Público, em sua atividade rotineira, deve ser um profissional de seu tempo, em constante renovação, sabendo diferenciar os objetivos de Estado e de Governo, ciente do interesse público envolvido na aplicação estratégica de políticas públicas e em outras áreas de sua atuação aptas a efetivar direitos fundamentais, inclusive na prevenção e solução de conflitos, evitando crises sociais ou institucionais<sup>26</sup>.

Logo, a verdadeira missão da Advocacia Pública consultiva é conferir segurança jurídica às políticas públicas do Governo, já que essas são a materialização das promessas de campanha, escolhidas pela população, pelo voto direto, no âmbito do Estado Democrático de Direito. Garantindo que as políticas públicas formuladas no âmbito do Poder Executivo estejam em consonância com o ordenamento jurídico, viabiliza-se a responsabilização do administrador público pelos seus atos, na medida em que ele não se poderá valer de uma suposta eficiência no atendimento das demandas sociais para deixar de obedecer à lei e à Constituição<sup>27</sup>.

Em outras palavras, a atividade consultiva deve propiciar segurança jurídica à Administração, tendo como norte o ordenamento jurídico, inclusive apontando as melhores alternativas, ou as alternativas viáveis, que culminarão na concretização dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente a todos os brasileiros.

Ocorre que, infelizmente, diversos órgãos de Advocacia Pública desenvolveram, no Brasil, hábitos infrutíferos, como os de promoverem ações temerárias ou desnecessárias, apresentarem recursos manifestamente protelatórios, bem como se utilizar de outras

GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 87-127, p.90.

<sup>25</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, n. 116, p. 88-89, out./dez. 1992.

<sup>26</sup> FURTADO, Renata de Souza. **A importância da visão jurídico-estratégica do advogado público**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/4581400>>, p. 06 e 07. Acesso em: 31 ago. 2017.

<sup>27</sup> MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 465-483, p. 472-473.

diligências para indicar produtividade, desempenhando sua função sem qualquer consideração pelo Poder Judiciário ou pelo próprio jurisdicionado, apenas a pretexto de defender o erário<sup>28</sup>.

Dessa feita, a dualidade de comportamentos, quais sejam, a adoção de um posicionamento em fase litigiosa, diametralmente oposto ao mesmo caso analisado em sede de atividade de consultoria, deve ser evitada. Infelizmente, uma orientação por demais rotineira entre os integrantes da Advocacia Pública é a de que, na qualidade de consultores, cabe-lhes a defesa da legalidade, mas, em juízo, a defesa (patrimonial) do ente público há de ser levada a cabo incondicionalmente, como se a natureza da norma pudesse ser alterada a depender do campo de atuação do agente público, se na seara judicial ou consultiva.<sup>29</sup>

Ora, a constatação evidente de ilegalidade, imoralidade, pessoalidade, ausência de publicidade ou ineficiência na atuação de órgão da Administração Pública tendem a comprometer a dignidade humana e, portanto, impõe o dever de adoção, pelo Advogado Público, de medidas de orientação e correção da falha havida, pois não há possibilidade de se manter uma prática atentatória aos princípios constitucionais fundamentais em matéria administrativa, que representam agressão substantiva à cidadania e, por via de consequência, aos seres humanos em sua dignidade<sup>30</sup>.

Ademais, tal comportamento não deixa de ser um exercício de autotutela administrativa, inclusive com referendo no enunciado sumular de nº 473, do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “A administração pode anular seus próprios atos, quando evitados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial<sup>31</sup>”.

Cumprido ressaltar que qualquer Estado que não incorra no lamentável equívoco de se tomar como fim, porquanto não passa de um meio para a realização dos interesses da coletividade, jamais deveria buscar a vitória em juízo quando sabe (ou deveria saber) que falhou no desempenho de sua função, vindo a violar direitos daqueles que o sustentam e que

---

<sup>28</sup> “Dentre os órgãos em que isto ocorre estão precisamente os consultivos. Ainda que eles funcionem junto a um Ministério ou a uma Secretaria de Estado ou do Município, eles estão fora da hierarquia, não recebem ordens, instruções, para emitir o parecer neste ou naquele sentido. Quem emite um parecer tem absoluta liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Isto é inerente à própria função, mais do que ao órgão; ou ele é independente, ou não precisa existir”. DI PIETRO, Maria Sylvania. *Advocacia Pública*. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, São Paulo, n. 3, p. 11-30, dez 1996. pp. 18-19.

<sup>29</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56000>>, p. 17. Acesso em: 22 jan. 2018.

<sup>30</sup> TASSE, Adel El. A missão do Advogado Público na defesa do Estado Democrático. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 25-35, out./dez. 2011, p. 28.

<sup>31</sup> STF, Plenário, julgado em 03/12/1969, **DJ** de 10/12/1969, p. 5929.

justificam a sua existência. Em outras palavras, não lhe assiste o direito de defender seus erros em juízo, de modo que a única atitude jurídica e moralmente aceitável seria o reconhecimento e reparação imediata de cada situação ilícita tão logo ela seja descoberta<sup>32</sup>.

Da mesma forma que ao particular, via de regra, não interessa ver-se inserido em lides que unicamente lhe demandam recursos, tempo e energia que poderiam ser empregados em atividades outras, ao Poder Público, cuja existência somente se justifica para a realização dos interesses de seus cidadãos, menos ainda interessa ter que ir a juízo exigir dos particulares que cumpram a lei, ou ver-se no polo passivo de processos judiciais em que é acusado de uma ilegalidade, ainda mais levando-se em consideração que os custos de uma condenação são superiores aos do cumprimento espontâneo das normas jurídicas. Logo, necessária a adoção de práticas de uniformização de entendimentos pela Advocacia Pública, tanto em sede contenciosa quanto consultiva, tal qual a proposição das Súmulas Vinculantes da Advocacia-Geral da União aptas a impedir, entre outras medidas, a interposição de recursos descabidos<sup>33</sup>.

Compete, destarte, ao Advogado de Estado, no desempenho apropriado desse dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos no sentido de adotarem, invariavelmente, todas as providências, normativas ou concretas, que se destinem à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos, sempre que se apresentem as ocasiões concretas de fazê-lo, dentro ou fora de processo judicial ou administrativo sob seus cuidados<sup>34</sup>, sem prejuízo de o advogado consultivo, sempre que houver possibilidade jurídica, apontar as diversas alternativas juridicamente aceitáveis para viabilizar as políticas públicas, notadamente quando aquela inicialmente proposta pelo administrador público não se configurar como tal<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56000>>, p. 02. Acesso em: 22 jan. 2018.

<sup>33</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 87-127, p.88.

<sup>34</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23-52, p. 44.

<sup>35</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165-185, p. 179.



### 2.1.1.1 A importância do parecer jurídico exarado pelo Advogado Público

Conforme já asseverado, a atividade do Advogado Público, a par de sua função contenciosa, qual seja, de representar judicial e extrajudicialmente o ente público a qual se mantém vinculado, também se faz presente na imprescindível função de consultoria e assessoramento do Poder Executivo.

Destarte, o parecer é uma manifestação jurídica a gestores, muitas vezes, desprovidos da respectiva formação, exigindo-se, portanto, uma linguagem simples e acessível, porém, sem portar uma escrita desidiosa ou simplória que nada esclarece.

Isso porque o aspecto subjetivo da Administração, qual seja, o conjunto de pessoas que nela atuam, não possuem a necessária formação jurídica para proceder a seu exercício funcional sem o surgimento de questões jurídicas relevantes. Daí a importância do suporte a ser deferido pelo Advogado Público para que a atividade administrativa não sofra solução de continuidade diante de cada questionamento jurídico enfrentado. Como exemplo, traz-se o elencado por Marcelo de Siqueira Freitas<sup>36</sup>:

Recentemente, a melhor adequação do novo modelo à defesa das políticas e do interesse públicos a cargo da Administração indireta pôde ser cabalmente demonstrada se considerarmos que, a despeito de inúmeros questionamentos judiciais, não havia nenhum projeto do Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal paralisado em razão de decisão judicial liminar ou definitiva no momento do fechamento deste artigo<sup>37</sup>. Somente com a atuação articulada de vários órgãos da AGU e da PGF, articulação esta permitida exatamente em razão da efetiva coordenação que o Advogado-Geral da União agora exerce, utilizando-se da estrutura una da Procuradoria-Geral Federal, sobre o serviço jurídico prestado à Administração indireta, poderia ter se alcançado tal nível de êxito.

E, nos dias atuais, não há dúvidas de que o controle prévio da legalidade dos atos da Administração seja a primeira e mais eficaz forma de se defender as políticas e o interesse públicos a cargo do Estado, fazendo com que as políticas públicas sob sua execução e os interesses públicos que lhe são confiados sejam transformados em ações concretas que respeitem os princípios constitucionais e legais aplicáveis<sup>38</sup>.

O receio de uma ilegalidade evidente, suscetível a apurações posteriores, não raro, faz com que a ilicitude perpetrada por muitos gestores busque refúgio no exercício da função consultiva, via pareceres administrativos exarados por advogados públicos, no intuito de conferir ares de legalidade.

---

<sup>36</sup> FREITAS, Marcelo de Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a defesa das políticas e do interesse públicos a cargo da Administração indireta. **Revista da AGU**. Brasília, v. 7, n. 17, p. 9–24, jul./set., 2008, p. 19.

<sup>37</sup> 03 de outubro de 2008.

<sup>38</sup> FREITAS, Marcelo de Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a defesa das políticas e do interesse públicos a cargo da Administração indireta. **Revista da AGU**. Brasília, v. 7, n. 17, p. 9–24, jul./set., 2008, p. 22.

As autoridades administrativas, mesmo quando revelam inconformismo com a submissão à lei, consultam a Advocacia Pública, ainda que a lei assim não exija, no intento de dar uma aparência de legalidade a um ilícito, refugiando-se sob o manto de um parecer jurídico (muitas vezes fruto de pressões externas e constrangimentos), para que, no momento de apuração de responsabilidade, consigam aqueles se escusar no sentido de que agiram com base em manifestação própria do órgão jurídico<sup>39</sup>.

No que tange às repercussões da natureza do parecer jurídico, o Supremo Tribunal Federal entende que, quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido. De outra banda, quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa obriga-se a emitir o ato em consonância com o parecer exarado, havendo necessidade de novo parecer em sentido contrário para prática de ato diverso. Por fim, quando a lei trata de parecer vinculante, tal manifestação passa a integrar o ato administrativo, não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer<sup>40</sup>.

A despeito do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, há de se concordar com o posicionamento segundo o qual o parecer jurídico, até mesmo aquele apresentado para a aprovação prevista no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, é obrigatório (não deixando, portanto, de ser opinativo), não vinculando efetivamente a ação do gestor.

Diante dos limites constitucionais à atividade de consultoria jurídica, o parecer exarado pelo Advogado Público só pode ser vinculante em relação a um ato administrativo totalmente vinculado e obrigatório, pois, apenas nesse caso, haverá uma relação estrita entre o ato praticado e a análise de legalidade<sup>41</sup>, tal qual já previsto, por exemplo, pelo art. 40, §1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, acerca dos pareceres do Advogado-Geral da União, segundo o qual “O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento<sup>42</sup>”.

---

<sup>39</sup> DI PIETRO, 1996, p. 18.

<sup>40</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24631/DF - Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgamento: 09/08/2007.

<sup>41</sup>TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 139-164, p. 162.

<sup>42</sup>BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 fev. 1993c, Seção 1, p. 1797.

Ademais, incumbe à Advocacia de Estado acompanhar todas as atividades dos setores do órgão em que atuam, inclusive onde é mais presente a possibilidade de conflitos de interpretação jurídica. A título meramente exemplificativo, a par da exigência legal de consultoria ao setor encarregado das licitações, merece a mesma assistência o setor de pessoal, sempre envolvido com questões de cunho jurídico, tal qual concursos públicos, licenças, aposentadorias, bem como os setores encarregados da elaboração de atos normativos<sup>43</sup>.

Importante questionamento traz Claudio Penedo Madureira<sup>44</sup> a respeito da divergência de entendimentos entre pareceres exarados pela mesma Advocacia Pública enquanto órgão:

Diante desse quadro, como deverá agir a Administração Pública? Na impossibilidade de acatar os três pareceres, visto que contraditórios entre si, poderia o órgão fazendário escolher a manifestação jurídica que melhor lhe aprouvesse? Creio que a resposta a esse questionamento é bastante simples: cumpre ao órgão fazendário acatar o parecer exarado pelo procurador geral, dada a sua precedência hierárquica sobre as demais manifestações. Essa precedência não decorre da circunstância de a sua manifestação ser mais valiosa, ou da suposição de que ela comporte melhor fundamentação jurídica; mas se assenta, precisamente, na constatação de que é necessário estabelecer um critério objetivo para a solução de semelhante controvérsia; sob pena e risco de a procuradoria deslegitimar-se como órgão jurídico quando proferidas em seu âmbito manifestações tecnicamente contraditórias; num contexto em que, se estivesse aberta para o gestor a possibilidade de escolha entre qual posicionamento adotar, seria dele, gestor, e não da procuradoria, a última manifestação jurídica sobre o tema enfrentado.

No que atine à responsabilização do parecerista, haja vista sua análise ser estritamente jurídica, caso se permitisse, por exemplo, a imputação de multa, pelo Tribunal de Contas da União, em razão da pura e simples atividade advocatícia de consultoria, a par de extrapolar a competência daquele órgão de controle externo, haveria por parte daquele uma imposição superior e vinculante sobre qual o direito aplicável no caso em comento. Em outras palavras, a eventual responsabilização existiria porque o Tribunal de Contas estaria definindo que a compreensão jurídica do parecerista estaria errada ou irrazoável, em um exercício de verdadeiro juízo de mérito.

<sup>43</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165-185, p. 178.

<sup>44</sup> MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 164-213, 2016, p. 204.

Tal situação tolhe a inviolabilidade do Advogado de Estado, prejudicando a garantia constitucional de ter resguardada sua compreensão sobre o direito, não devendo, portanto, ser admitida. Logo, no caso de eventual irregularidade apurada pelo TCU, no exercício da atividade profissional do Advogado de Estado, deve aquele informar às autoridades competentes para apuração de práticas funcionais irregulares, ilícitos ou atos de improbidade, que são os órgãos de corregedoria, o Ministério Público e o próprio órgão da Advocacia Pública interessada<sup>45</sup>.

Por fim, e em complemento ao exposto, tem-se que a Lei nº 13.327/2016, ao tratar das carreiras jurídicas em nível federal (Advogado da União, Procurador Federal, Procurador da Fazenda Nacional e Procurador do Banco Central), em seu artigo art. 38, § 2º, assevera que “No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais (sic) ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude<sup>46</sup>”.

Trata, portanto, a autonomia funcional de não responsabilização externa do Advogado Público por seu mister em conformidade com o ordenamento jurídico, bem como “do reconhecimento de que cabe somente ao órgão de Advocacia Pública a prerrogativa de rever e censurar manifestações jurídicas dos seus membros<sup>47</sup>”.

---

<sup>45</sup>TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 139-164, p. 162.

<sup>46</sup>BRASIL. **Lei nº 13.327**, de 29 de julho de 2016. Altera a remuneração de servidores públicos; estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera os requisitos de acesso a cargos públicos; reestrutura cargos e carreiras; dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações; e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Lei/L13327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13327.htm)>. Acesso em: 02 de outubro de 2018. Ao analisar o dispositivo supracitado, o Tribunal de Contas da União afirmou que “Os ocupantes de cargos da Advocacia Pública Federal podem ser responsabilizados pelo TCU, mesmo quando não tenham atuado com dolo ou fraude, porquanto a disposição contida no art. 38, § 2º, da Lei 13.327/2016 não inovou no mundo jurídico, apenas trouxe novos contornos à disciplina do art. 75 da MP 2.229/2001, de modo que se refere apenas à responsabilização funcional.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2947/2016. Plenário. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Número da ata: 47/2016. Data da sessão: 16/11/2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 nov. 2016e, Seção 1, p. 66.

<sup>47</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: < [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 82. Acesso em: 19 ago. 2018.

## 2.2 O papel da Advocacia Pública na ordem jurídica constitucional contemporânea: representação judicial e extrajudicial de governo ou de Estado?

Em que pese a Advocacia Pública realizar uma representação do ente federativo que integra, tanto judicial quanto extrajudicialmente, cabe tecer considerações a respeito de que modo se dá tal representação, ou seja, se ela possui o escopo de proteção do Estado enquanto instituição permanente, ou do Governo enquanto representação temporária dos agentes políticos eleitos.

E tal se dá porque os Advogados Públicos atuam, dentro da estrutura administrativa, como substancial instrumento de controle da atividade dos gestores, na exata medida em que a eles (Procuradores) cumpre a defesa dos interesses superiores de Estado, quando se sabe que o compromisso primário dos gestores públicos é com a execução de políticas de Governo<sup>48</sup>.

De início, há de se ter clara a distinção entre a defesa do administrador e a defesa institucional, pois enquanto a primeira forma de atuar pode comprometer as bases estruturantes do modelo democrático, a segunda fortalece a democracia por estabelecer o aprimoramento, o desenvolvimento e o respeito às instituições democráticas, independente da orientação político-ideológica de quem esteja à frente da Administração Pública<sup>49</sup>.

Em que pese a distinção entre Advocacia de Estado e de Governo, imprescindível, para uma correta compreensão da temática, a advertência levantada por Janaína Soares Noleto Castelo Branco<sup>50</sup>, para quem:

É mister cautela, todavia, com a afirmação de que a Advocacia Pública não se confunde com advocacia de governo. Ao advogado público cabe sim a defesa (em juízo e fora dele) dos atos de governo. Os governantes são eleitos pelo povo e, ao menos em teoria, as políticas públicas que adotam representam a vontade geral. São essas políticas públicas governamentais que balizarão a utilização do orçamento estatal. Defender tais políticas é antes de tudo defender a vontade do povo, já que há presunção de legitimidade no fato de serem escolhidas por pessoas eleitas pelo voto. Salvo se houver claro desvio ético e disparidade com a ordem jurídica, é de nenhuma importância a discordância do advogado público com os atos governamentais. Da mesma forma, não pode o membro da Advocacia Pública guiar sua atuação por opinião pessoal contrária às diretrizes traçadas pela procuradoria,

<sup>48</sup> COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no estado democrático constitucional brasileiro. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009, p. 14. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62506>>, p. 14. Acesso em: 23 jan. 2018.

<sup>49</sup> TASSE, Adel El. A missão do Advogado Público na defesa do Estado Democrático. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 25-35, out./dez. 2011, p. 31.

<sup>50</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 77. Acesso em: 19 ago. 2018.

fazendo-se mister que, por dever de observância à uniformidade de atuação e em virtude da sua subordinação administrativa, oriente-se pelo que prescrito pelas instâncias que lhe são superiores dentro da instituição. Ademais, a prevalência de vontades em âmbito administrativo é arbítrio, além de ofensivo à igualdade e à impessoalidade<sup>51</sup>.

As garantias funcionais vão além da mera autonomia técnica, administrativa ou orçamentária, eis que devem servir de blindagem contra perseguições e contra responsabilizações fora das hipóteses de dolo ou fraude, sendo aquelas mesmas hipóteses<sup>52</sup> em que Juízes e membros do Ministério Público podem ser responsabilizados, porquanto ninguém consegue exercer a Advocacia Pública responsabilmente negociando de joelhos com o governo, sendo somente possível ser Advogado Público em sua plenitude se a Advocacia Pública for compreendida como uma função e uma instituição de Estado, e não como um órgão preso e limitado à própria estrutura do governo<sup>53</sup>.

Assim, torna-se necessária uma mudança de comportamento da Advocacia Pública como um todo, passando a investir em consultorias jurídicas imparciais e de qualidade, aptas à prevenção da prática de ilegalidades pela Administração, evitando litígios desnecessários e orientando os órgãos públicos para o melhor desempenho de suas funções, já que, como fonte de normas jurídicas, o Estado deveria ser o primeiro a dar o exemplo de cumprimento. A par de contribuir para a redução da morosidade do Judiciário, tal postura deflagraria maior fidúcia nas instituições, com o fortalecimento de uma atmosfera de segurança jurídica, construindo-se o chamado “desenvolvimento institucional”, tanto no

---

<sup>51</sup> Em complemento, a autora assevera que “não se confunde a Advocacia Pública com a advocacia de governo, embora lhe caiba sim a defesa de atos de governo. É que a defesa das políticas públicas elaborados pelos governantes eleitos pelo povo é a defesa do Estado democrático. Todavia, deve a Advocacia Pública recusar a defesa do ato governamental se houver claro desvio ético e disparidade com a ordem jurídica”. CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 171. Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>52</sup> “As disputas judiciais são disputas argumentativas, nas quais a qualidade técnica dos argumentantes e seu grau de empenho e respaldo institucional no exercício da função é primordial para um resultado satisfatório. Na medida em que são valorizadas apenas instituições que demandam contra o Estado, o risco institucional da desvalorização da Advocacia Pública mostra-se evidente. É natural a saída dos melhores quadros, que migram para as carreiras valorizadas. E aqui não se trata de valorização remuneratória, mas de valorização institucional. A ausência de prerrogativas institucionais é sentida muito severamente pelos advogados públicos”. CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 82. Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>53</sup> BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora — RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011, p. 225.

sentido meramente econômico quanto no desenvolvimento de uma sociedade em sentido amplo.<sup>5455</sup>

Por consequência, a fim de melhor propiciar uma análise jurídica correta e imparcial, em nítido exercício de advocacia de Estado, e não de Governo, deve prevalecer o comando constitucional de que tão somente servidores públicos de carreira, aprovados em concurso público, devem realizar o assessoramento jurídico dos respectivos entes federativos, tal qual já reiteradamente assinalado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>56</sup>.

Infelizmente, há uma prática desordenada espalhada ao longo do território nacional consistente na contratação desmedida<sup>57</sup> de escritórios de advocacia para defesa do

<sup>54</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56000>>, p. 10. Acesso em: 22 jan. 2018.

<sup>55</sup>Esta concepção de desenvolvimento foi construída por Amartya Sen, vencedor do prêmio Nobel de Economia, na obra “Desenvolvimento como liberdade”. Para o autor em referência, o “desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.” SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2005. p. 10. Igualmente, Rogério Emílio de Andrade apregoa que “O desafio do desenvolvimento requer, portanto, uma nova arquitetura do Estado brasileiro, em que o tempo das decisões político-administrativas se aproxime o máximo possível do tempo vivido pelos agentes econômicos e onde a paralisia decisória provocada pela falta de integração gerencial e conflituosidade administrativa seja dirimida por mecanismos de solução de controvérsias. Neste contexto, a institucionalidade estatal deve assegurar à gestão administrativa instrumentos jurídicos que permitam capacidade gerencial para resolver, de forma articulada, todas as questões referentes à criação de ambiente institucional seguro e adequado à atração de investimentos externos e à eliminação de conflitos administrativos entre órgãos executivos encarregados da implementação de políticas públicas econômicas. A advocacia pública deve estar apta a participar desse processo de instrumentação jurídica das estruturas coletivas de gestão administrativa com vistas à solução de conflitos. Para sua inserção nesse processo, cremos ser necessário que manipule um conhecimento jurídico que dialogue com a realidade social, histórica, econômica e institucional do país”. ANDRADE, Rogério Emílio de. Articulação jurídica das estruturas coletivas de gestão administrativa. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 190.

<sup>56</sup> “É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. – A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado ‘ad libitum’ pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4843 MC-ED-Ref - Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento: 11/12/2014.

<sup>57</sup> “A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do

ente público (geralmente de Municípios<sup>58</sup>), vulnerando a própria defesa do erário ao ser patrocinado por contratados e não servidores de carreira, podendo, inclusive, tal contratação irregular ser enquadrada como ato de improbidade administrativa por parte do gestor, conforme já referendado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>59</sup>.

---

Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 3074-SC - Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgamento: 26/08/2014.

<sup>58</sup> “Outro projeto de emenda à constituição relativo à Advocacia Pública encontra-se atualmente pronto para deliberação em Plenário no Senado Federal. Trata-se do Projeto de Emenda Constitucional nº 17/2012, que objetiva a alteração da redação do art. 132 da Constituição Federal, estendendo aos Municípios a obrigatoriedade de carreira organizada de procurador, com ingresso por meio de concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantindo-se a estabilidade dos membros após 3 anos de efetivo exercício, após avaliação de desempenho. Caso aprovada, haveria uma unificação do tratamento dado à Advocacia Pública em todos os âmbitos federativos. Significaria, portanto, importante avanço institucional.” CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 89. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 91.

<sup>59</sup> “ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO RECORRIDO. PUBLICAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO NOVO CPC. REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇO DE ADVOCACIA PELO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 3º, 13 E 25 DA LEI DE 8.666/93 E 11 DA LEI DE 8.429/92. EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO. Publicação do acórdão recorrido anteriormente à vigência do novo CPC 1. No caso, o Recurso Especial impugna acórdão publicado na vigência do CPC de 1973, sendo exigidos, pois, os requisitos de admissibilidade na forma prevista naquele código de ritos, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do STJ, conforme o Enunciado Administrativo 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9.3.2016. Desnecessidade de sobrestamento do feito apesar de reconhecida a existência de repercussão geral sobre a matéria 2. A repercussão geral da matéria versada no Recurso Especial em exame foi reconhecida, nos autos do Recurso Extraordinário 656.558, cuja origem é o Agravo de Instrumento 791.811/SP. 3. Contudo, o pedido de sobrestamento do processo em decorrência da admissão de Recurso Extraordinário sob o regime da Repercussão Geral não deve ser acolhido. Isso porque, até a presente data, o relator do referido Recurso Extraordinário não proferiu decisão determinando a suspensão de todos os processos que tratam do mesmo assunto, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC/2015. 4. Portanto, deve ser observada a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual o reconhecimento da repercussão geral pelo STF não impõe, em regra, o sobrestamento dos Recursos Especiais pertinentes. Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp 1468858/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 9.6.2016, DJe 17.6.2016, AgInt no AREsp 880.709/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 9.6.2016, DJe 17.6.2016 Síntese da demanda 5. Trata-se na origem de Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Sociedade de Advogados, tendo em vista a contratação desta, sem licitação, para fazer o acompanhamento de defesas do Município perante os Tribunais de Justiça e de Contas, além de atividade consultiva nas áreas de licitação e finanças públicas, no período de 2001 a 2004 pela quantia total de R\$ 136.723,84 (cento e trinta e seis mil, setecentos e vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos), válidos para o referido período. 6. Em primeiro e segundo graus o pedido foi julgado improcedente. 7. No Recurso Especial, o Ministério Público Mineiro alega violação dos arts. 13, V, e 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 e 11, I, da Lei 8.429/1992. Condições legais para a inexigibilidade de licitação: possibilidade de contratação de serviços advocatícios sem licitação 8. Nos termos do art. 13, V c/c art. 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto, deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. A inexigibilidade é medida de exceção que deve ser interpretada restritivamente. 9. A singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado. Contratação direta de serviços não singulares - violação dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 e 11 da Lei 8.429/92 - improbidade administrativa caracterizada - afronta aos princípios administrativos 10. Na demanda em análise, a municipalidade, a pretexto da singularidade dos serviços de



Infelizmente, o tratamento constitucional conferido à Advocacia Pública revela-se insuficiente, a ponto de não se mencionar sequer os advogados públicos municipais quando da exigência de concurso público para provimento dos respectivos quadros, contribuindo para um cenário pátrio escasso de cargos efetivos de procurador nos Municípios, sendo a função de advogado público exercida por comissionados, fragilizando a instituição ao mesmo tempo em que confere ares de legitimidade à atuação das autoridades. Não poderia ser diferente, pois, sendo os cargos de livre provimento e exoneração, tolhe-se de seu ocupante qualquer estabilidade apta a lhe assegurar a menor independência necessária à sua função. Ademais, a seleção por concurso público de provas e títulos tem por objetivo filtrar a admissão dos

---

advocacia, terceirizou em bloco, entre os anos de 2001 e 2004, com dispêndio de cerca de R\$ 136.723,84 (cento e trinta e seis mil, setecentos e vinte e quatro reais e oitenta e quatro centavos, válidos para o referido período), atividades que são próprias e bem poderiam ter sido executadas pelos advogados que integram, com vínculo público, a Prefeitura de Visconde do Rio Branco-MG. 11. A leitura dos autos indica que o objeto dos sucessivos contratos (ao todo foram 04) era absolutamente genérico, pois consistente na prestação de serviços técnico-especializado de assessoria e consultoria e patrocínio judicial e administrativo e congêneres. 12. Tais tarefas não podem ser consideradas como singulares no âmbito da atividade jurídica de um Município. Os procedimentos que correm nos respectivos Tribunais de Contas, de maneira geral, versam sobre assuntos cotidianos da esfera de interesse das municipalidades. E mais, assuntos de licitação e de assessoria em temas financeiros não exigem conhecimentos demasiadamente aprofundados, tampouco envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados e escritórios de advocacia atuantes na área da Administração Pública e pelo assessoria jurídica do município. Ilegalidade. Serviços não singulares. 13. A contratação de serviços sem procedimento licitatório, quando não caracterizada situação de inexigibilidade, viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência e os deveres de legalidade e imparcialidade e configura improbidade administrativa. Ausente o prejuízo ao erário no caso concreto, a situação amolda-se ao conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, caput, e inciso I, da Lei 8.429/1992. Nesse sentido: REsp 1.038.736/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4.5.2010, DJe 28.04.2011; REsp 1.444.874/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3.2.2015, DJe 31.3.2015, e REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 14.12.2010. Art. 11 da Lei 8.429/92 dolo genérico 14. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o art. 11 da Lei 8.429/1992 dispensa a comprovação de intenção específica de violar princípios administrativos, sendo suficiente o dolo genérico. No caso, é indiscutível a intenção do ex-Prefeito de contratar sem licitação e a aceitação do encargo por parte da Sociedade de Advogados. Ou seja, indubitável a vontade livre e consciente das partes em efetivar a contratação direta. Divergência jurisprudencial demonstrada 15. No julgamento do REsp 488842/SP, esta Corte entendeu que, "Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão da ausência de dano ao erário com a efetiva prestação dos serviços de advocacia contratados, deve ser aplicada apenas a multa civil, reduzida a patamar mínimo (10% do valor do contrato, atualizado desde a assinatura)". 16. A apontada divergência jurisprudencial realmente ocorre, porque naquela oportunidade o STJ apreciou situação bastante assemelhada. Os serviços eram de mesma natureza (primordialmente o acompanhamento de processos no TCE/SP). 17. A decisão neste Recurso Especial deve seguir as linhas adotadas no citado paradigma (REsp 488842/SP), por conta da profundidade dos debates ali travados, com dois pedidos de vista e principalmente em razão da similitude entre os casos confrontados. 18. A multa civil, que não ostenta feição indenizatória, é perfeitamente compatível com os atos de improbidade listados nos autos e tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92. 19. Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão das circunstâncias específicas e peculiares dos fatos narrados nos autos, deve ser aplicada apenas a multa civil a cada um dos agentes envolvidos, em patamar mínimo (10% do valor total das contratações, atualizados desde a assinatura do primeiro pacto). 20. As conclusões acima são praticamente as mesmas a que chegou a Segunda Turma ao julgar o REsp 488842/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05/12/2008). Considerando a similitude fática e jurídica entre os casos, seguem-se aqui as orientações ali firmadas, a fim de resguardar a isonomia entre as situações. Conclusão 21. Recurso Especial parcialmente provido". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1505356/MG - Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgamento: 10/11/2016. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303528142&dt\\_publicacao=30/11/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303528142&dt_publicacao=30/11/2016)>. Acesso em: 12 set. 2018.

melhores com interesse na carreira, sendo a qualidade do serviço presumida pelo mecanismo meritocrático do certame<sup>60</sup>.

A Advocacia Pública não mais deve ser analisada sob um prisma tradicional, qual seja, de representação judicial e extrajudicial dos entes públicos, buscando tão somente a proteção do erário, mas também deve se pautar como instituição garantidora de direitos fundamentais, promovendo não só a defesa de governo, mas também de Estado, na medida em que atua como função essencial à justiça.

Num Estado Democrático de Direito, não há discricionariedade estatal em se submeter às leis e decisões judiciais. Logo, os órgãos de exercício das funções essenciais do poder político também estão submetidos à normatividade jurídica, e os Advogados Públicos são os agentes incumbidos constitucionalmente de velar por essa submissão do Poder ao Direito.

Dessa forma, substituir os agentes organizados em carreira, aprovados com base única e exclusivamente na meritocracia extraída da realização de concursos públicos, por comissionados livremente indicados, implica nítida violação aos ditames constitucionais, havendo uma verdadeira confusão entre Política e Direito<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 79. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 73, p. 94.

<sup>61</sup> No que diz respeito à escolha e a forma de se nomear a chefia da Instituição, Gustavo Binenbojm tece as devidas considerações: “Além disso, existe a polêmica questão em relação a haver ou não um mandato para o Advogado-Geral ou Procurador-Geral. É uma discussão eterna que se tem no Estado do Rio de Janeiro. Em todos os foros dos quais eu tenho participado, eu tenho manifestado o entendimento de que é necessário caminharmos — em alguns casos será necessário discutir propostas de emenda constitucional — no sentido de que algum mecanismo de garantia de mandato tenha que ser conferido ao Advogado-Geral ou ao Procurador-Geral para que a instituição não fique à mercê de alguma espécie de barganha política que possa comprometer aqui ou ali o desempenho pleno das suas funções. Mas não ignoro que isso possa ter algum problema ou algum efeito colateral. É evidente que a proximidade é desejável em relação ao governo. Mas uma relação de parceria saudável, em termos transparentes e institucionais, pode muito bem, a meu ver, conviver com uma chefia da instituição que seja interna da carreira e que seja garantida por alguma espécie de mandato de nomeação a termo. (...) parece-me que a política institucional correta é a de qualificar os quadros, investir no concurso público, investir em garantias institucionais e numa remuneração decente, para que a instituição seja capaz de produzir os seus próprios quadros. Não para, em termos corporativos, conquistar a chefia da instituição, mas para que possa oferecer à sociedade nomes capacitados e habilitados ao exercício dessa elevada função”. BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora — RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011, p. 226. De outro lado, Janaína Soares Noleto Castelo Branco tece suas considerações a respeito da forma de se nomear a chefia da Instituição: “A consolidação da Advocacia Pública como órgão de Advocacia de Estado não se dará sem a extirpação da submissão da chefia da instituição à chefia do Poder Executivo, que nada mais é que um dos poderes a serem assessorados. O primeiro e fundamental passo para essa desvinculação está na forma de escolha do chefe da instituição. Se a Advocacia Pública, para fugir à tentação de atendimento de interesses imediatos de governos, deve estar estruturada em carreira, com cargos efetivos de provimento por concurso público de provas e títulos, não há sentido em permitir-se que seja alheio a esse quadro o chefe da instituição. Ele é quem sofrerá mais intensamente a pressão do governo. Com maior razão então deve ser de carreira.” CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e**

A fim de dimensionar a relevância da temática na jurisprudência do Pretório Excelso, percebe-se que a Proposta de Súmula Vinculante n. 18 lhe é pertinente, reconhecendo taxativamente que “O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes onde houver, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988”<sup>62</sup>.

Permitir o preenchimento de tais posições por agentes comissionados, livremente indicados não raro por meras conveniências políticas (gerando desde protegidos políticos a pareceres “encomendados”, sem prejuízo da realização de defesas manifestamente deficientes), além de não garantir requisitos mínimos de qualificação, não garante a independência funcional e a impessoalidade que advêm com as garantias constitucionalmente previstas de um cargo público, tal qual a estabilidade adquirida pelo servidor após um triênio de exercício funcional especialmente avaliado, completamente dissociada daquele ocupante de um cargo demissível “ad nutum”, bastando contrariar certos interesses para ser imediatamente substituído.

---

**pressupostos.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 79. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 90.

<sup>62</sup> Disponível em <[http://www.abrap.org.br/?page\\_id=1357](http://www.abrap.org.br/?page_id=1357)>. Acesso em: 03 dez. 2017.

### 3 SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

A par do tradicional exercício da função jurisdicional do Estado, mediante a qual se profere decisão judicial apta à coisa julgada material, não se pode admitir que naquela se encerra o acesso à justiça como direito fundamental<sup>63</sup>. Basta uma rápida pesquisa legislativa para tomar nota da quantidade de diplomas normativos que tratam de diversos procedimentos alternativos à jurisdição ou “meios alternativos de resolução de disputas” (ADR – Alternative Dispute Resolution Methods)<sup>64,65</sup>.

A expressão “acesso à justiça” é certamente de difícil definição, mas é útil para enfatizar dois propósitos do sistema legal, pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus conflitos sob os auspícios do Estado. Mas, para tanto, o sistema deve ser igualmente acessível a todos, bem como deve sempre apontar para resultados individuais e socialmente justos<sup>66</sup>.

Infelizmente, ainda se vive sob o manto de uma cultura social extremamente demandista e beligerante, que confere ao Estado-Juiz o poder de dizer o direito ao caso concreto, conferindo praticamente nenhuma espécie de autonomia entre as partes na tomada de decisão ao longo da marcha processual.

No cenário pátrio, a cultura dos operadores jurídicos em geral é predominantemente voltada para o litígio, perseguindo-se a vitória mediante o contencioso judicial, deixando pouca margem para técnicas de negociação ou conciliação que favoreçam o

<sup>63</sup> “Em virtude de sua pretensa neutralidade, o Poder Judiciário é visto pela sociedade como instância última da justiça e da moral, sendo comum a sensação social de que somente é justa a resolução dos conflitos na via judicial. Ou seja, há desconfiança nos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, não raro abdicando as partes da busca do consenso prévio ao ingresso em juízo. A ausência de câmaras administrativas de resolução de conflitos que envolvam os entes públicos é prova de que o costume de busca prioritária pela solução judicial atinge também a máquina estatal. Ela própria descê na sua capacidade para lidar com os litígios em que se envolve.” CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)> Acesso em: 19 ago. 2018, pp. 62-63.

<sup>64</sup> A título de exposição de um rol meramente exemplificativo, há a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e a Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, a qual institui normas da parceria público-privada, ambas trazendo disposições referentes à arbitragem, esta disposta na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Sem embargo, o Novo Código de Processo Civil, trazido pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, estimula a solução consensual de conflitos logo em seu início, ancorado pela Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, a qual dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

<sup>65</sup> CUNHA, 2016, p. 651.

<sup>66</sup> “The words ‘access to justice’ are admittedly not easily defined, but they serve to focus on two basic purposes of the legal system — the system by which people may vindicate their rights and/or resolve their disputes under the general auspices of the state. First, the system must be equally accessible to all; second, it must lead to results that are individually and socially just.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.** Indiana: Faculty Publications Paper, 1978, p. 182.

diálogo rumo a um consenso. Além disso, a mera realização de audiências públicas, conquanto propugnada com ardor por muitos, principalmente por sua inexpressiva participação social, não assegura necessariamente um diálogo de forma produtiva e que partes indispostas ao acordo busquem construir soluções que contemplem todos os interesses em discussão<sup>67</sup>.

Destarte, há que se fazer valer um modelo cooperativo de processo, consistente na aplicação em um cenário de Estado democrático constitucional, de modo que sua adoção não implique a exclusão de outros regramentos, mas a predominância da cooperação como norte da atividade processual, inclusive com a participação da Fazenda Pública, seja por também estar atrelada ao dever de cooperação, seja por participar de uma infinidade de processos judiciais<sup>68</sup>.

Ocorre que a adoção de soluções consensuais de conflitos<sup>69</sup> como alternativas à função jurisdicional do Estado não deve fundar-se somente no argumento de desafogar o Poder Judiciário no escopo de gerar ou manter sua efetividade<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 356. Acesso em 18 out. 2018.

<sup>68</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)> Acesso em: 19 ago. 2018, p. 50.

<sup>69</sup> Segundo a definição trazida por Antonio Rodrigues de Freitas Júnior, conflitos são “situações em que estejam presentes, simultaneamente, 1. no plano objetivo: um problema alocativo incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos como necessários, sejam os bens e os encargos de natureza material ou imaterial; 2. no plano comportamental: consciente ou inconsciente, intencional ou não, contraposição no vetor de conduta entre dois sujeitos; e 3. no plano anímico ou motivacional: sujeitos portadores de percepções diferentes sobre como tratar o problema alocativo, como função de valores de justiça”. FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). **As grandes transformações do Processo Civil brasileiro.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 509-534, p. 518.

<sup>70</sup> Ainda conforme Mauro Cappeletti e Bryant Garth, autores das célebres “ondas renovatórias de acesso à justiça”: There are obvious advantages to the parties and to the legal system if the dispute is settled fairly without the necessity of trial. The current court congestion and excessively high expenses of litigation can make quick, mediated settlements, like arbitration, particularly beneficial to the parties. [...] Again, however, we must be careful. Conciliation is extremely useful for many types of claims and parties, especially as we learn the importance of mending long-term relationships rather than simply judging parties right or wrong. But when conciliation is designed mainly to reduce court congestion, we must ensure that the results represent truly fair outcomes, not merely responses to otherwise remediable failures of the courts. CAPPELETTI; GARTH, 1978, p. 232 e 236. Tradução livre: “Obviamente há vantagens às partes e ao sistema legal se a disputa é encerrada sem necessidade de julgamento. A atual sobrecarga dos tribunais e os custos excessivamente altos da litigância podem produzir resultados rápidos e mediados, como a arbitragem, particularmente benéficas para as partes. [...] Novamente, porém, precisamos ser cuidadosos. A conciliação é extremamente útil para os muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando levamos em consideração a importância de restaurar relacionamentos de longo prazo em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas. Porém, embora a conciliação se destine principalmente a reduzir o congestionamento judicial, devemos garantir que os resultados representem verdadeiros êxitos, e não apenas respostas para remediar os problemas do Judiciário”.

Uma das justificativas muito utilizadas para a mudança de perspectiva entre a tradicional função jurisdicional estatal para a consensualidade da resolução de conflitos centra-se na problemática de acúmulo excessivo de processos, cujo trânsito em julgado da grande maioria parece ser praticamente inatingível ao jurisdicionado. Do mesmo modo, Irapuã Santana do Nascimento da Silva<sup>71</sup> tece as devidas considerações:

Então, inicia-se uma corrida desgovernada para exterminar este problema, pois quanto maior o número de processos dentro do Poder Judiciário, maior a lentidão de seu processamento, maior a demora do advento da decisão final e nem se pretende mencionar o tempo que levará até o trânsito em julgado e o recebimento (ou não) do bem jurídico pretendido na inicial.

Uma solução simplista para um problema muito complexo! Não se pode incentivar a mediação com o fito de ajudar a incinerar os processos judiciais. O professor Leonardo Greco faz uma alegoria interessante sobre o tema, afirmando ser o mesmo caso descabido de um hospital realizar reformas no interesse exclusivo dos médicos e não dos doentes e querer que haja diminuição da entrada dos enfermos. Não atingindo o cerne da questão, nunca será resolvido o problema da superlotação processual (Leonardo Greco, 2013).

Logo, a diminuição dos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário deve ser compreendida como um efeito ou consequência da utilização dos meios de autocomposição, e não como causa ou motivo para seu manejo<sup>72</sup>.

De qualquer sorte, imperiosa a necessidade cultural que se deve implantar na sociedade, qual seja, a de que os indivíduos devam buscar solucionar, por si próprios, seus conflitos e, tão somente nos casos em que tal resultado não seja obtido, existirá uma alternativa: o Poder Judiciário, ou seja, este é que deve ser visto como meio alternativo de solução conflituosa, somente utilizado nos casos em que a sociedade e seus litigantes não sejam capazes de encerrar a contenda sem a participação da máquina estatal<sup>73</sup>.

### 3.1 Formas de composição de conflitos

Em que pese o exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário na composição das lides, cada vez mais cresce a importância e, conseqüentemente, a necessidade de soluções alternativas àquelas impostas por magistrados. Isso porque a solução do caso concreto não se

<sup>71</sup> SILVA, Irapuã Santana do Nascimento da. Existe possibilidade de acordo no novo CPC? **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 111-126, jan/jun 2016.

<sup>72</sup> “(..) a sociedade precisa ter consciência de que deve buscar solucionar, por si própria, seus conflitos e, nos casos em que tal resultado não seja obtido, existirá uma alternativa: o Poder Judiciário. Este, sim, deve ser visto como o meio alternativo de resolução de conflitos, aquele que será usado nos casos em que a sociedade falhe e os litigantes não sejam capazes de encerrar seu litígio sem a participação da máquina judiciária” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Mediação e conciliação na res. 125 do CNJ e no projeto de código de processo civil*. In: **O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual**. São Paulo: RT, 2013, p. 40.

<sup>73</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Mediação e conciliação na res. 125 do CNJ e no projeto de código de processo civil*. In: **o processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual**. São Paulo: RT, 2013, p. 40.

limita tão somente ao entendimento prolatado por um terceiro imparcial, podendo perfeitamente ser construída pelas próprias partes, em um verdadeiro procedimento de autocomposição.

Percebe-se que a revolução do entendimento tradicional, qual seja, de utilização do Estado-juiz para composição de lides, para outro mais adequado e afinado ao diálogo e ao acordo dele decorrente, já é notado no artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, levando-se ainda em consideração que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

De antemão, tem-se que os métodos adequados voltados à solução consensual dos conflitos partem da premissa de que a obtenção de um acordo entre pessoas que se antagonizam (ainda que não ideal, ou seja, eivado de concessões de ambas as partes) é muito mais eficiente e desejável do que a solução neutral imposta por um magistrado. Conciliar é harmonizar, pacificar, acalmar os ânimos<sup>74</sup>, não sendo esse o propósito de uma decisão judicial, que é o de dizer, de forma heterônoma, o direito no caso concreto, podendo desagradar até mesmo ambas as partes envolvidas no litígio, como no caso, por exemplo, de sucumbência recíproca<sup>75</sup>.

Por sua vez, a remoção do ritualismo e do formalismo exagerados, bem como do procedimentalismo estéril e da burocracia ínsita ao sistema judiciário, oferecem o ambiente de coloquialismo em que as partes chegam mais facilmente a fazer concessões e a assumir compromissos, mantida - daí um traço significativo a encorajar o manejo de soluções adequadas consensuais - a qualidade de relacionamento entre elas, pois não se pode desconsiderar o fato de se manter uma convivência saudável entre os envolvidos após a resolução da pendência que os levou a litígio<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> “É preciso lembrar, contudo, que, no complexo tecido social em que nos encontramos, existem relacionamentos de diversos graus, alguns bastante tênues, decorrentes de um convívio episódico, e outros bastante intensos, em que há um convívio constante e, por vezes, cotidiano (caso dos conflitos no meio familiar, no local de trabalho ou no ambiente escolar). Assim, nem todo conflito surge no seio de um relacionamento estável”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 123. Acesso em: 16 out. 2018.

<sup>75</sup> NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 27-34, 2016, p. 28.

<sup>76</sup> NALINI, 2016, p. 32.

Sendo diferentes as premissas da solução consensual de conflitos e da decisão judicial, conseqüentemente, o devido processo legal e o exercício do contraditório manifestam-se de maneira peculiar naquela<sup>77</sup>.

Em outras palavras, a vontade do Estado sobrepõe-se à vontade dos interessados, haja vista o Estado-juiz ostentar soberania e autoridade, tarifando e ponderando o sofrimento, a honra, a liberdade e o patrimônio dos envolvidos no conflito, sendo uma manifestação completamente externa ao que as partes pensam do problema, e, portanto, uma invasão na esfera de autonomia que deveria caracterizar protagonistas conscientes de suas responsabilidades, diferentemente da solução autônoma buscada pela conciliação e mediação, eis que reflete a capacidade de cada qual escolher o que é melhor para si<sup>78</sup>.

Logo, o acesso à justiça não pode ser resumido a uma mera prolação de uma decisão judicial apta a transitar em julgado, proferida em juízo de heterocomposição por terceiro imparcial constitucionalmente investido de jurisdição.

Destarte, surge a necessidade de se trabalhar com um sistema “multiportas” de acesso à justiça. A expressão “multiportas” decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, uma série de opções; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal<sup>79</sup>.

A par da arbitragem (solução heterocompositiva), a adoção de soluções consensuais de conflitos, como a mediação e conciliação (soluções autocompositivas) também devem ser objeto de aprofundado estudo no escopo de serem correta e efetivamente utilizadas<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Nas palavras de José Renato Nalini: “Na conciliação exerce-se outra modalidade de contraditório. Para o processo, ele é um princípio também sofisticado, com explicações técnicas e científicas nem sempre inteligíveis pelo leigo. Já o contraditório da conciliação é procurar entender o que vai na consciência do outro. Se existe um início de agressividade reforçada pelo ressentimento, aos poucos a conversa desarma os contendores. Quando se obtém uma solução, eles se sentiram partícipes. Sua vontade prevaleceu. Não foi uma imposição. Este o aspecto ético a realçar a mais valia dos métodos suasórios em que a parte protagoniza o encaminhamento do acordo”. NALINI, 2016, pp. 28-29.

<sup>78</sup> “Afim, o Direito é ferramenta para resolver questões concretas, não para institucionalizá-las. A ineficiência sistêmica do equipamento estatal tendente a um crescimento vegetativo rumo ao infinito descredencia a Justiça e a converte em refúgio predileto dos violadores da lei. É ali o ambiente em que conseguem o tempo que o mercado não concede, as instituições financeiras não permitem e os credores não podem suportar”. NALINI, 2016, p. 34.

<sup>79</sup> CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (Collaborative Law): “Mediação sem Mediador”. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 709-726, 2016, p. 710.

<sup>80</sup> “Trata-se de mudança de cultura e de concepção e, por consequência, de mudança efetivamente estrutural: necessidade de formatação do método de ensino nas faculdades de direito, formando advogados, juizes e promotores aptos à atuação perante a nova realidade; de formação de profissionais técnicos capacitados e cadastrados junto aos Tribunais; de criação de espaço físico etc.” MARCATO, Ana Cândida Menezes. A



No que diz respeito ao estímulo deferido pelo Legislador na adoção de soluções autocompositivas, Fredie Didier Júnior<sup>81</sup> elenca as mudanças positivadas com o advento do Novo Código de Processo Civil:

O Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a autocomposição, com a edição de diversas leis neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190).

O sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC: “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Além disso, ainda que não houvesse tratamento legislativo expresso, não se mostraria razoável inadmitir a resolução colaborativa de um conflito apenas por falta de expressa discriminação legal, como se o sistema de meios autocompositivos comportasse um rol taxativo. Portanto, todo e qualquer instrumento ou técnica de resolução de controvérsias que possa culminar no resultado consensual pelas partes deve ser estimulado, pois “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, consoante artigo 3º, §2º, do CPC<sup>82</sup>.

Uma vez definida a mudança de paradigma outrora centrada na heterocomposição da jurisdição estatal, ganhando espaço as soluções autocompositivas, cumpre agora tecer considerações a respeito dos dois principais modelos consensuais de soluções de conflitos, quais sejam, a mediação e a conciliação.

---

Audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da Afronta à Voluntariedade às Primeiras Experiências Práticas. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 129-140, 2016, p. 133

<sup>81</sup> DIDIER JR, Fredie. **Curso de processo civil**. Vol. 1, 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 272-273.

<sup>82</sup> “Na verdade, resolução colaborativa, como já afirmado, é uma ‘mediação sem mediador’. Ora, se o sistema brasileiro incentiva a mediação, a ponto de haver, a partir da Resolução nº 125/2010 do CNJ, a instauração de uma política pública para estímulo, aperfeiçoamento e aparelhamento da mediação e da conciliação, é evidente que a resolução colaborativa insere-se nesse contexto, despontando como mais uma técnica adequada para a solução de disputas no Brasil”. CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (Collaborative Law): “Mediação sem Mediador”*. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 709-726, 2016, p. 722.

### 3.2 Mediação e conciliação

De início, é preciso consignar que a conciliação e a mediação não se confundem com a arbitragem. Esta é um meio de heterocomposição. O árbitro, assim como o juiz, decide a causa que lhe é submetida. Na conciliação e na mediação, o terceiro é convocado, não para decidir, mas para contribuir com as partes, a fim de que estas, por si, cheguem a uma solução, mediante autocomposição<sup>83</sup>.

Em linhas gerais, a conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo no qual os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo inclusive por aquele proposto<sup>84</sup>.

De outra banda, a mediação pode ser considerada como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro, o qual tão somente facilita (não chegando a propor acordos ou soluções) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades<sup>85</sup>.

No intuito de exemplificar a diferença de casos práticos passíveis de conciliação e mediação, Luciane Moessa de Souza<sup>86</sup> descreve:

Assim, parece evidente que não faz sentido pensar em mera conciliação, por exemplo, no contexto de um conflito entre pais no que diz respeito à forma de exercício da guarda compartilhada de seus filhos menores, ou no contexto de uma sociedade empresarial cujos sócios controladores não conseguem chegar a um acordo sobre a destinação de seus lucros ou sobre a definição de prioridades de atuação da empresa. Em ambos os casos, existe um relacionamento que se pretende preservar e a mediação permitirá às partes não apenas construir a solução para o problema imediato, mas, a partir do trabalho com os padrões de comportamento que deram origem ao conflito, aprender com o processo, de maneira a administrar por si mesmas situações semelhantes que venham a surgir no futuro. Trata-se da solução mais eficiente a longo prazo, pois a simples conciliação poderia, sim, encontrar uma solução para o problema imediato, mas, sem a cura da dinâmica do relacionamento, outros problemas similares provavelmente viriam à tona no futuro e as partes novamente precisariam recorrer a um terceiro para encontrar uma solução.

Em obra coordenada por Juvêncio Vasconcelos Viana, Mariana Urano de Carvalho Caldas contribui para o debate da diferenciação entre os institutos da mediação e

<sup>83</sup> CUNHA, 2016, p. 682.

<sup>84</sup> AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasil: Ministério da Justiça, 2016, p. 21.

<sup>85</sup> AZEVEDO, 2016, p. 21

<sup>86</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 133. Acesso em: 16 out. 2018.

conciliação, afirmando que, como um dos critérios de diferenciação entre ambas, na mediação, o foco é o conflito, atuando o terceiro como facilitador da comunicação entre as partes, estas as maiores responsáveis pelo alcance da solução, ao passo que o cerne da conciliação é a solução, mostrando-se o terceiro nitidamente intervencionista, sugerindo-se alternativas aos protagonistas da contenda<sup>87</sup>.

Desta forma, o traço diferenciador entre mediação e conciliação consubstancia-se na presença ou não de relação prévia entre as partes: se existente, trata-se de mediação, como ocorre nos conflitos envolvendo relações familiares, societárias, condominiais, entre outras, traduzindo um instituto mais complexo e completo na solução de conflitos envolvendo relações continuadas, pois se preocupa em identificar o pano de fundo da disputa, resolvendo a controvérsia e restaurando as relações sociais entre os envolvidos. Por essa razão, a mediação demanda a intervenção de um terceiro para facilitar a comunicação entre as partes ao invés de propor soluções para composição da contenda<sup>88</sup>.

A rigor, praticamente todos os conflitos interpessoais podem ser trabalhados na mediação e, se esta não resultar num acordo, ao menos os envolvidos terão analisado o conflito e aprendido a dialogar entre si de forma respeitosa e produtiva, eis que o real intento do mediador não é conseguir um acordo, mas restabelecer o diálogo entre os envolvidos, melhorando um relacionamento outrora desgastado, para que, sozinhos, cheguem à composição.

Destarte, como a mediação intenta, ao fim, a pacificação dos conflitantes, seus recursos técnicos são utilizados também preventivamente, criando ares adequados à colaboração recíproca, com o intuito de evitar a ruptura da relação. Por tais razões, a mediação representa um amálgama de Psicologia, Direito e de outras áreas humanas, ostentando interdisciplinaridade<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> CALDAS, Maria Urano de Carvalho. As funções essenciais à justiça e a nova perspectiva dos meios endoprocessuais de autocomposição de conflitos. In: Juvêncio Vasconcelos Viana. (Coord.) **O Novo CPC**, Fortaleza, p. 143-162, 2016, p. 151.

<sup>88</sup> “Na conciliação resolve-se o conflito que se expõe, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade, verificando o que há além dele. E ainda o conciliador intervém muitas vezes no sentido de forçar um acordo. Na mediação é preocupação primeira do mediador verificar todo o contexto do conflito, tratando-o, analisando os fatos e transformando o real conflito, não podendo o mediador forçar qualquer acordo. O acordo deve nascer porque as partes decidiram assim e não por intervenção de terceiro”. SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 38.

<sup>89</sup> “Em realidade, a mediação revela-se como método ideal para lidar com conflitos complexos e multifacetados, dado seu potencial de lidar com as camadas a eles subjacentes e de trabalhar com múltiplos interesses e necessidades, harmonizando-os e buscando compensações e soluções criativas que maximizem a proteção do conjunto, tanto do ponto de vista objetivo (dos diversos interesses em jogo) quanto sob o prisma subjetivo (dos diferentes sujeitos afetados pelo conflito)”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em

Destarte, a mediação possui finalidades e formalidades próprias, que visam, primordialmente, restabelecer vínculos afetivos ou de convivência, ao contrário da conciliação, em que o conflito é tratado de maneira mais superficial, objetivando, primordialmente, o encerramento da disputa, sem se voltar para as questões emocionais que envolvem a controvérsia<sup>90</sup>.

### ***3.2.1 Campos de incidência e tratamento legislativo***

Como inovação legislativa digna de nota, o Código de Processo Civil, em seu artigo 165, apregoa que “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.” Esses centros terão uma função dúplice, sendo responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição<sup>91</sup>.

Em consonância com o Código de Processo Civil, o conciliador atuará preferencialmente nos feitos em que não houver vínculo prévio entre as partes, ao passo que o mediador nas hipóteses em que aquele se verificar (art. 165, parágrafos 2º e 3º, CPC). Logo, a ideia é que a mediação incida nos casos de relações continuadas, como no caso de familiares, vizinhos e sócios, pois a mediação atua para fortalecer o vínculo, resgatando um espaço mínimo de convivência entre os envolvidos, e não o problema isoladamente considerado, tentando-se reconstruir, na maior medida possível, o relacionamento entre as partes, para que resolvam suas disputas e bem administrem seus conflitos<sup>92</sup>.

Antes de adentrar no procedimento da audiência de conciliação e mediação propriamente dito, resta asseverar que, embora o CPC de 2015 tenha tratado acerca da autocomposição, o legislador pátrio encarregou-se ainda de minudenciar a audiência de mediação através da Lei nº 13.140/15.

---

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 129. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>90</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 463-484, 2016, p. 463.

<sup>91</sup> CUNHA, 2016, p. 655.

<sup>92</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 253, p. 163-184, mar. 2016.

Inclusive, o artigo 24, da Lei 13.140/15, apregoa que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos (conforme as normas do Conselho Nacional de Justiça), responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Exemplos regionais são encontrados no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, como o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos (NUPEMEC) e o Centro de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC)<sup>93</sup>.

No que diz respeito ao cotejo entre as disposições do Código de Processo Civil de 2015 e a Lei nº 13.140/15, não há maiores incompatibilidades entre ambos os diplomas legislativos, seja em virtude da proximidade temporal entre as leis, evitando graves antinomias, seja pela intenção do legislador de complementar e de suplementar as disposições gerais do CPC com a lei específica a respeito da mediação<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Para maiores informações: <http://www.tjce.jus.br/nupemec/> e <http://www.tjce.jus.br/tv-judiciario/cejusc/>. Acesso em: 28 jan. 2018.

<sup>94</sup> Nada obstante, Ana Cândida Menezes Marcato adverte que um quadro prático diverso desenha-se com o advento do Código de Processo Civil de 2015 no que tange ao procedimento das audiências de conciliação e mediação: “Já há notícia de que o cenário que tem se desenvolvido é o seguinte: i) empresas incluindo em seus contratos, com base na previsão de negócio jurídico processual do art. 190, NCPC, cláusulas de opt-out da audiência de mediação do art. 334; ii) nas Comarcas em que não há Cejusc instalado, juízes afirmando que eles próprios farão a audiência de mediação, circunstância inadmissível, seja porque o juiz não é mediador e não possui a qualificação técnica necessária, seja porque fere a confidencialidade e pode comprometer a imparcialidade do juiz com o resultado final; iii) ainda nas Comarcas em que não há Cejuscs, juízes postergando a designação dessa audiência para momento oportuno, apenas se houver manifesto interesse de ambas as partes, com fundamento nos princípios da eficácia e da duração razoável, e na possibilidade de flexibilização das regras processuais; iv) juízes deixando de designar a audiência do art. 334, mesmo antes de ouvir as partes, seja porque não há estrutura preparada para a sua efetivação (Cejuscs e mediadores treinados), seja porque a quantidade excessiva de feitos tramitando, em contraposição, por vezes, à pequena quantidade de estrutura de Cejuscs finalizada, estenderia a pauta de audiências para períodos superiores a um ano”. MARCATO, Ana Cândida Menezes. *A Audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da Afronta à Voluntariedade às Primeiras Experiências Práticas*. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 129-140, 2016, p. 138.

<sup>95</sup> Nada obstante, Trícia Navarro Xavier Cabral traz exemplos de que nem sempre ambas as disposições sagram-se em perfeita consonância, havendo, em verdade, antinomias que devem ser solucionadas: “De outra banda, o art. 29 da Lei de Mediação diz que se o conflito for solucionado pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais. Trata-se de situação difícil de equacionar com o CPC/2015 ou, ao menos, de difícil aplicação prática, já que a lei processual exige que o réu seja citado com vinte dias de antecedência da audiência, oportunidade em que a audiência já restou designada pelo juiz. Assim, a única hipótese possível de aplicação dessa norma é se as partes fizerem acordo extrajudicial e o autor pedir a sua homologação antes da citação do réu, pois não há como o réu comparecer à audiência sem ser previamente citado, sendo que, ainda que a diligência de citação não tenha sido formalmente cumprida e ele compareça espontaneamente ao ato, esta conduta será considerada válida para fins de citação, nos termos do art. 239, § 1º, do CPC, e somente com o encerramento do ato e em não tendo havido transação, terá início o prazo para contestação (art. 335, 1). Não bastasse, ao falar em “custas finais”, a Lei de Mediação, além de não se ater às despesas relativas ao ato de mediação em si, ainda estabelece uma hipótese legal de dispensa de receita, que pode ser questionado.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015*. In: Fredie Didier Jr. (Coord.) **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, vol. 9. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 463/484, p. 478.

Verificam-se desencontros pontuais entre ambas as legislações, que, de maneira geral, não prejudicam o procedimento de mediação, até porque, em caso de eventual conflito, a lei especial, em regra, deve se sobrepor à geral. Inexistem incompatibilidades teratológicas, mas sim informações complementares entre ambos os diplomas, pois os dois possuem como cerne o estímulo à solução consensual do conflito.

Ademais, interessante registrar o entendimento de Maurício Vasconcelos Galvão Filho, o qual diferencia “audiência” de “sessão”, pois a “audiência”, segundo o autor, adequar-se-ia à ideia de publicidade e de amplo acesso de terceiros não interessados ou intervenientes ao conteúdo do que está sendo objeto de diálogo no processo de mediação, ao passo que a “sessão” seria pautada pelo sigilo parcial ou total do rito<sup>9697</sup>.

Ainda segundo o autor em referência, não seria correto afirmar, a despeito de o artigo 334, do CPC, utilizar-se da terminologia de forma expressa, que há uma verdadeira “audiência” de mediação, pois neste primeiro encontro entre as partes, estas serão introduzidas às características mediativas, ou seja, uma verdadeira audiência de apresentação à mediação, o que, na prática da mediação, é denominada de audiência ou sessão de pré-mediação.

Não poderia ser diferente, haja vista a dificuldade prática de se utilizar um instituto sem antes conhecer seus meandros, suas possibilidades, enfim, sem um contato ao menos incipiente sobre como funciona a solução autocompositiva na busca de um caminho

---

<sup>96</sup> GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. Audiência(s) e Sessão(ões) de Mediação na Lei de Mediação (Lei Nº 13.140/2015) e no novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/2015). In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 508-527, 2016, p. 513.

<sup>97</sup> Em verdade, a confidencialidade é traço bastante característico das audiências autocompositivas, conforme se infere do Enunciado nº 56, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), segundo o qual “Nas atas das sessões de conciliação e mediação, somente serão registradas as informações expressamente autorizadas por todas as partes”. A ideia não é impor sigilo ao procedimento de forma indiscriminada, mas de deixar a opção às partes de divulgar ou não o que foi discutido, de modo a propiciar um ambiente mais fértil à solução do conflito logo no limiar da questão. No que atine à possibilidade de confidencialidade no processo envolvendo entes públicos, Luciane Moessa de Souza assim se posiciona: “No sistema brasileiro, contudo, à luz do princípio da publicidade insculpido no artigo 37, caput, da nossa Constituição Federal, não nos parece haver outra solução jurídica admissível senão o reconhecimento da inaplicabilidade de confidencialidade, como regra, no processo de mediação envolvendo entes públicos – ao menos no que diz respeito às sessões conjuntas, em que efetivamente se debate e se decide a melhor solução para o problema. No que diz respeito às sessões individuais, que são meramente preparatórias do diálogo e da deliberação, não parece fazer sentido, de outra parte, pensar em quebra de confidencialidade, sob pena de se limitar em demasia a possibilidade de interação entre mediador e partes e a relação de confiança daí decorrente – ressalvada a hipótese, por evidente, de o mediador ter conhecimento, durante as sessões privadas, de ato criminoso ou claramente contrário ao interesse público”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 153. Acesso em: 16 out. 2018.

para o enfrentamento da questão que possuem entre si. Destarte, Maurício Vasconcelos Galvão Filho<sup>98</sup> bem destaca o conteúdo desta audiência de “pré-mediação”:

A pré-mediação é uma audiência ou sessão em que o Mediador (ou Comediadores) expõem para as partes: a) o que é Mediação como método de prevenção ou solução de litígios ou conflitos; b) explica a forma e o funcionamento ideal de uma Mediação; c) apresenta os princípios que regem a Mediação; d) indica as normas legais aplicáveis, de forma que seja compreensível para aquelas partes; e) explica a participação do Mediador (ou Comediadores), seus direitos, seus deveres, o dever de sigilo e tudo mais que interessar as partes quanto a atividade daquele terceiro imparcial; f) esclarece sobre a participação das partes (que serão qualificadas como Mediandos) na Mediação, seus direitos, seus deveres, a questão do sigilo e o poder de decisão dos Mediandos quanto ao mesmo (seja quanto a extensão – parcial ou total -, seja quanto a sua profundidade - quais matérias seriam abrangidas e de que forma -), e demais questões que sejam do interesse de cada mediando; g) apresenta aos Mediandos o “Termo de Adesão a Mediação”, ou seja, um documento serão expostos os detalhes convencionados pelas partes para aquela mediação, bem como que servirá como prova documental de que aquelas partes se submeteram a um procedimento de mediação. Inclusive, não se tratando de mediador remunerado judicialmente (ou seja, mediador que tenha a sua remuneração paga pelo Tribunal de justiça ou Tribunal Regional Federal em que atue, ou que se subordine aos parâmetros remuneratórios previstos pelo Conselho Nacional de justiça CNJ ou pelo Tribunal de vínculo), é interessante que sejam pré-fixados os parâmetros de remuneração do Mediador (ou Comediadores) e o tempo inicial previsto para o desenvolvimento do procedimento de mediação, de modo que as partes tenham ciência do dispêndio financeiro que terão com a mediação; h) caso seja possível, deve o Mediador (ou Comediadores) lavrar um Termo ou uma Ata da Audiência ou Sessão de Pré-Mediação, de modo que fique registrado que aquelas partes compareceram aquele ato e que foram devidamente informadas sobre o que representa a mediação e todos os seus detalhes e características estruturais.

Ademais, a Lei nº 13.140/15, a qual dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, logo no parágrafo único do seu artigo primeiro, considera mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”, elencando seus princípios orientadores no artigo seguinte, quais sejam: a) imparcialidade do mediador; b) isonomia entre as partes; c) oralidade<sup>99</sup>; d) informalidade; e) autonomia da vontade das partes; f) busca do consenso; g) confidencialidade, e h) boa-fé.

<sup>98</sup> GALVÃO FILHO, 2016, p. 520.

<sup>99</sup> “Para que a conflitualidade inata ceda lugar a uma resolutividade construída, é inestimável o papel desempenhado pela oralidade, o que exige grande habilidade do mediador no uso da linguagem. É a oralidade que irá instrumentalizar os demais princípios afetos à mediação, denotando, por exemplo, a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes e a boa-fé que deve estar presente durante todo o processo de mediação. O sucesso ou o insucesso da mediação será diretamente influenciado pelo modo como a oralidade se projetará na realidade”. GARCIA, Emerson. Conflitualidade Imanente e Resolutividade Construída: Perspectivas da Lei de Mediação sob as lentes da Oralidade. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 541-558, 2016, p. 556.

Por fim, não se pode perder de vista que a oralidade e a informalidade orientam a mediação e conciliação não por acaso. É que ambas dão mais “leveza” à tentativa de autocomposição, sem o ritual e a simbologia próprios da atuação jurisdicional. Para tanto, mediador e conciliador devem comunicar-se em linguagem simples e acessível, sem a utilização de qualquer veste talar ou toga própria de magistrados. Imprescindível, também, que a negociação realize-se em ambiente tranquilo, sem barulho, em mesa redonda e com as paredes pintadas com cor clara, aspectos cênicos importantes que propiciam um diálogo mais franco entre conflitantes<sup>100</sup>.

### ***3.2.2 Procedimento da audiência de conciliação e mediação***

A audiência de conciliação e mediação (a qual inclusive pode ser realizada por meio eletrônico), ainda segundo as disposições do CPC (art. 334), marca a etapa processual a ser realizada uma vez preenchidos os requisitos da petição inicial, desde que não se verifique a improcedência liminar do pedido, sendo aquela designada com antecedência mínima de trinta dias (com a intimação do autor na pessoa de seu advogado<sup>101</sup>), devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência, afastando-se a figura do juiz para atuação do conciliador e mediador judiciais (não sujeitos à prévia aceitação das partes, conforme artigo 25, da Lei 13.140/15), profissionais voltados ao aprimoramento das tratativas em prol da solução consensual.

Durante a audiência, as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos (salvo quando nos Juizados Especiais), podendo, inclusive, constituir representantes, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

<sup>100</sup> DIDIER JUNIOR, 2015, p. 278

<sup>101</sup> “Registre-se que a Lei não exige formação em Direito, o que na prática pode criar algumas dificuldades na formulação do acordo e, conseqüentemente, ensejar problemas em caso de sua eventual execução. Daí a importância de que as partes estejam assistidas por advogado ou Defensor Público, minimizando possíveis descompassos jurídicos”. CABRAL, Trícia, 2016, 473. Porém, registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, não invalidou transação pela ausência de advogado no ato conciliatório: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATRASO DE VÔO. TRANSAÇÃO REALIZADA EM AUDIÊNCIA, POR PREPOSTO DA COMPANHIA AÉREA. NÃO COMPARECIMENTO DO ADVOGADO. AUSÊNCIA QUE NÃO INVALIDA O ATO. AUDIÊNCIA. PRAZO MÍNIMO. QUESTÃO DESPICIENDA. I. Salvo situações excepcionais, em que se identifique ter havido vício de vontade da parte, legalmente presumível ou concreto, é válida a transação realizada em audiência, no curso de ação indenizatória, ainda que ao ato não haja comparecido o advogado da empresa ré, e independentemente da discussão sobre a fluência integral ou não do prazo de dez dias para a realização da mesma, previsto no art. 277 c/c 241, I, do CPC. II. Recurso especial não conhecido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 337.188/SP - Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgamento: 18/10/2001. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=26924&num\\_registro=200100905381&data=20020225&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=26924&num_registro=200100905381&data=20020225&formato=PDF)>. Acesso em: 29 out. 2018.



Uma vez finalizada, a autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

Uma das principais características que marcam as sessões consensuais é a confidencialidade de seu rito em relação a terceiros (aplicando-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham participado do procedimento de mediação, direta ou indiretamente), não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa, quando sua divulgação for exigida por lei (crime de ação penal pública ou prestação de informações à Administração tributária) ou quando for necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação (Lei nº 13.140/15, artigo 30).

Além disso, cumpre asseverar que, a depender da complexidade que o caso concreto exige, poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação. Não há um número máximo previamente imposto pela legislação de audiências, mas apenas uma limitação temporal de 02 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, estabelecendo-se também que a pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o da seguinte. Por sua vez, o art. 28 da Lei 13.140/15 afirma que o procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

Após os esclarecimentos iniciais em audiência, cada uma das partes deve realizar um breve relato da sua versão do litígio, de modo a subsidiar o terceiro imparcial a iniciar o processo de composição consensual. É importante que o conciliador ou mediador, logo de início, faça com que cada uma das partes ouça com atenção os argumentos da outra, iniciando o processo de reflexão a respeito da possibilidade de concordar, total ou parcialmente, com as teses expostas, para que o conflito inato ceda lugar a uma resolução construída. Para tanto, é necessária grande habilidade no uso da linguagem. Não raro, o mediador precisará atuar como verdadeiro tradutor de cada uma das partes, não só para permitir a compreensão da mensagem transmitida como também para, em muitas ocasiões, suavizar o rigor das palavras utilizadas<sup>102</sup>.

Igualmente, importante deixar consignado que a autocomposição pode gerar outras situações que não a transação, como a desistência ou a renúncia da ação pelo autor, ou

---

<sup>102</sup> GARCIA, Emerson. Conflitualidade Imanente e Resolutividade Construída: Perspectivas da Lei de Mediação sob as lentes da Oralidade In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 541-558, 2016, p. 551.

mesmo o reconhecimento da procedência do pedido pelo réu, de onde são extraídos diferentes efeitos jurídicos, provavelmente ignorados pelo leigo<sup>103</sup>.

Em complemento, a Lei 13.140/15, em seu artigo 20, adverte que o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes, revelando ainda que o termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

### ***3.2.3 Crítica à necessidade de realização da audiência consensual como regra***

De certa maneira, a audiência em tela, realizada antes do oferecimento da defesa, encontra similitude no que já ocorria nos Juizados Especiais Cíveis, conforme artigos 21 e 22, da Lei nº 9.099/1995, bem como no extinto rito sumário, guardadas as respectivas reservas às regras temporais transitórias, onde na audiência preliminar perseguia-se inicialmente o acordo para, só depois, obter uma eventual apresentação da resposta do réu, consoante artigos 277 e 278, do CPC/1973.

Logo, uma das inovações do CPC é precisamente a necessidade de realização da audiência de conciliação ou mediação como regra, a qual somente não será realizada quando ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, bem como quando não se admitir a autocomposição<sup>104</sup>.

No primeiro caso, o promovente deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, ao passo que o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com dez dias de antecedência, a contar da data da audiência. Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

Poder-se-ia aventar que, pelo espírito do novo CPC de propiciar novos caminhos para a solução dos conflitos, a opção tácita pela audiência inaugural de autocomposição consensual teria o condão de persuadir a sociedade à criação de uma cultura de mediação, de

<sup>103</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 253, p. 163-184, mar. 2016, p. 168.

<sup>104</sup> “Em síntese: se o autor se manifestar pela realização da audiência na inicial, esta fatalmente ocorrerá; se o autor optar pela não realização, mas o réu nela se interessar, a audiência também se realizará de forma obrigatória. Como se nota, dificilmente esta audiência não irá ocorrer, dado que a sua realização culmina por gerar a postergação do início do prazo defensivo do réu”. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 253, p. 163-184, mar. 2016, p. 172.

modo que a obrigatoriedade da primeira audiência compeliria as partes a terem um contato mínimo com o instrumento e que, assim, seria maior a probabilidade de sua adoção<sup>105</sup>. Em consonância com tal raciocínio, mais precisamente tratando de autocomposição entre entes públicos, Luciane Moessa de Souza<sup>106</sup> assim se manifesta:

Quer me parecer que a questão da obrigatoriedade melhor se coloca na perspectiva do ente público legitimado a celebrar o ajuste, esteja ele no polo ativo, esteja no polo passivo. Isto porque não pode o Poder Público simplesmente recusar-se a adotar a conduta que se mostre consentânea com a definição mais rápida e ponderada de uma solução para a efetivação dos direitos fundamentais colocados no conflito.

Em suma, estaria o Poder Público, quando no polo ativo, sempre obrigado a oferecer ao particular a oportunidade da solução negociada. Sendo essa a interpretação mais alinhada com o princípio do acesso à justiça, com o princípio democrático e o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, a única interpretação conforme à Constituição do dispositivo em vigor é a que preconiza esta obrigatoriedade ou, no mínimo, a necessidade de motivação da não instauração da negociação.

Quando no polo passivo, ainda com maior razão, imperativa se demonstra a necessidade de instauração da negociação, já que, muitas vezes (exceto quando se tratar de ação civil pública ajuizada por associação), teremos dois órgãos públicos em conflito, de modo que aquele que está no polo passivo tem o dever de colaborar para o alcance de uma solução adequada o mais rápido possível<sup>107</sup>.

Ocorre que, a despeito da literalidade do CPC quanto à necessidade de realização da referida audiência, ainda que contra a vontade de uma das partes, aquela não está infensa a críticas, ainda mais quando o próprio Código estabelece que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (art. 334, §8º), ao mesmo tempo em que a Lei de Mediação premia a solução do consensual do conflito antes da citação do réu ao afastar o pagamento final de custas judiciais.

Apesar da clareza do texto normativo, há doutrina abalizada que defende a distância da sua interpretação literal quanto à obrigatoriedade da audiência mesmo com uma das partes discordando. Alexandre Freitas Câmara, por exemplo, apregoa que, a despeito da utilização, no texto positivado, do vocábulo “ambas”, deve-se interpretar a lei no sentido de que a sessão de mediação ou conciliação não se realizará se qualquer das partes manifestar,

<sup>105</sup> GALVÃO FILHO, 2016, p. 517.

<sup>106</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pp. 254-255. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>107</sup> Ainda prossegue a autora enfatizando que, “Sobre a obrigatoriedade, já cheguei a afirmar que, como princípio, a compulsoriedade faz bastante sentido com relação aos entes públicos, pela simples razão de que devem obediência, em sua atuação, ao princípio da eficiência, e os meios consensuais têm se revelado, onde quer que vêm sendo utilizados, os mais rápidos, mais econômicos e que trazem maior satisfação com o resultado para as partes”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 324. Acesso em: 21 out. 2018.

expressamente, desinteresse na composição consensual, pois um dos princípios reitores da mediação e da conciliação é o da voluntariedade<sup>108</sup>.

Não há dúvidas de que a mediação deveria ser voluntária para ambos os litigantes, pois um comparecimento imposto à mediação já iniciaria uma tentativa de pacificação mediante uma coerção inconcebível. Ainda que celebrado um menor número de mediações mediante um comparecimento voluntário, o índice de satisfação social seria mais alto, haja vista as chances e potencialidades de se lograr acordos, dando-se o acesso à mediação, nada obstante inicialmente aos poucos, com maior retorno da sociedade e de modo espontâneo.<sup>109</sup>

Ora, pautando-se a mediação e a conciliação pelo princípio da autonomia da vontade, deve-se partir da premissa fundamental de que as partes só estão e se manterão em mediação por sua livre, espontânea e dirigida vontade de estar em estado de autocomposição, sendo qualquer imposição uma nítida violação de tal princípio estrutural<sup>110</sup>.

Ademais, o argumento de que a obrigatoriedade da mediação poderia tornar pública uma cultura da mediação, com o devido respeito, não procede, pois “não é obrigando alguém a utilizar determinado caminho, que se fará que a pessoa goste daquele caminho, que resolva continuar naquele caminho ou que volte a utilizá-lo no futuro quando se deparar com situações semelhantes”, devendo a mediação ser proposta e “difundida diuturnamente, ‘boca a boca’, de modo que os seus méritos e os seus resultados se transformem na melhor propaganda e publicidade que a mesma poderia desejar possuir<sup>111</sup>”.

Ademais, a análise sistemática dos diplomas que cuidam da mediação judicial, especialmente voltada à sua base principiológica, qual seja, da autonomia da vontade, converge para a impropriedade na designação obrigatória da audiência de mediação, quando ausente o elemento volitivo de uma ou de ambas as partes (seja com base no NCPC, seja com base na lei de mediação). Essa compreensão ganha especial reforço nos casos em que já houve tentativa prévia e infrutífera de autocomposição extrajudicial, comprovada nos autos por qualquer das partes.

Não se pode deixar de concordar com determinadas situações que podem ser apresentadas no cotidiano prático das relações processuais que não se compatibilizam com a ideia de uma audiência de conciliação ou mediação obrigatória, mesmo contra a vontade de uma das partes. Isso porque a negativa pode ser fundamentada em um motivo relevante que,

---

<sup>108</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 199.

<sup>109</sup> FENOLL, Jordi Nieva. Mediação: uma “alternativa” razoável ao processo judicial. **Revista eletrônica de direito processual**, Ano 8, vol. 14, p. 224/225. Disponível em: <[www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14537/15859](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/14537/15859)>. Acesso em: 10 set. 2017

<sup>110</sup> GALVÃO FILHO, 2016, p. 518.

<sup>111</sup> GALVÃO FILHO, 2016, pp. 518-519

por si só, torna infrutífera a conciliação ou mediação, ao menos no momento incipiente do processo.

Vários são os exemplos que podem ser elencados. Imagine-se o caso em que o demandante afirme na inicial a opção pelo ato conciliatório, mas o réu pretenda exclusivamente alegar ser parte ilegítima. Ora, se, de fato, não competir ao réu qualquer legitimidade para compor o polo processual, poderia ser obrigado a compor a audiência inaugural de conciliação ou mediação pelo simples fato de o autor assim desejar? Levando-se em consideração o rito previsto no próprio Código de Processo Civil, a questão processual em referência somente poderia ser aventada em sede de contestação, portanto, após a realização da famigerada audiência. Interessante, portanto, seria dar oportunidade ao réu para fundamentar sua negativa em participar da audiência anteriormente à sua realização, e não somente na peça de resistência, para que tal alegação prévia sirva, inclusive, para suspender a realização da audiência, em analogia ao que se tem quanto à arguição de incompetência territorial (art. 340, parágrafo 3º, NCPC)<sup>112</sup>.

O quadro crítico não se esgota somente na questão da ilegitimidade processual. Segue o mesmo panorama, por exemplo, a situação de o réu pretender o chamamento ao processo de coobrigado pela dívida, o que, nos conformes legais, deve ser feito na contestação (art. 131, NCPC). Da mesma maneira, a realização da audiência preambular sem a presença do "chamado" arruinará o ânimo conciliatório do demandado, já que uma eventual composição firmada entre as partes originárias não constituirá título executivo contra o terceiro (art. 132, NCPC), porquanto ainda não integrado ao feito. O ideal é que a manifestação pelo chamamento ao processo se dê logo no peticionamento prévio que vise o cancelamento da audiência (art. 334, parágrafo 5º, in fine, NCPC), sendo apto, assim, para fazer com que integre a relação processual o chamado a comparecer. Raciocínio semelhante deve ser adotado na hipótese de denúncia da lide a ser formulada pelo réu (art.126, in fine, NCPC)<sup>113</sup>.

Outro problema de ordem prática, ainda trazido por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Guilherme Kronenberg<sup>114</sup>, mostra-se afinado à exiguidade do tempo para manifestação da parte caso haja desinteresse na realização da audiência pela outra:

Um prognóstico prático que se pode fazer é que caso o autor não pretenda a audiência, assim optando na inicial, terá o seu advogado que ficar demasiadamente atento ao processo, decerto sobre a manifestação do réu pelo respectivo cancelamento, até 10 antes da data em que foi a mesma designada. O problema

<sup>112</sup> MENDES; HARTMANN, 2016, p. 175.

<sup>113</sup> MENDES; HARTMANN, 2016, p. 177.

<sup>114</sup> MENDES; HARTMANN, 2016, pp. 171-172.

prático é que o cartório terá um prazo relativamente curto para o processamento desta petição, de modo a proceder ao alerta ao autor sobre o cancelamento da audiência (pela discordância dupla), quanto mais na situação de alegação de incompetência territorial pelo réu, cuja petição pode ser protocolada em foro longínquo daquele onde se processa a demanda (art. 340, NCPC). Como se vê, não foram à toa as expressões "imediatamente" e "preferencialmente por meio eletrônico" constantes neste último dispositivo.

Portanto, mais sensato seria que a audiência inaugural fosse dispensada mesmo nos casos em que se tenha uma única manifestação pela sua não realização, mas desde que sob razões fundadas que tornem inverossímil a conciliação entre as partes, conforme entender o julgador, pois, afinal de contas, é dever do juiz reprimir medidas protelatórias (art.139, inciso III, NCPC)<sup>115</sup>. Porém, percebe-se a dificuldade ritual para a dispensa da audiência da conciliação ou de mediação, ao contrário do anteriormente previsto para a audiência preliminar do extinto rito ordinário, em que a mera argumentação isolada de uma das partes, ou o fato de ser improvável a conciliação, já servia para a sua dispensa (art. 331, parágrafo 3º, CPC/1973).

Em verdade, os casos de dispensa deveriam se amoldar às hipóteses em que o réu apresentar, na petição justificadora de cancelamento de audiência inaugural de conciliação ou mediação, manifestação defensiva incompatível com a intenção de conciliar, seja em caráter processual ou de mérito, como no caso de preempção ou coisa julgada (art. 337, V e VII, NCPC), ou mesmo na defesa direta de mérito em que se relate a negativa quanto ao fato constitutivo alegado pelo autor. De igual modo, o mesmo raciocínio aplica-se ao polo ativo, quando o autor, logo na petição inicial, demonstrar justificadamente sua opção pela desnecessidade do ato conciliatório, sob pena de se tornar infundado (art. 319, VII, NCPC), como no caso de já frustrada a prévia tentativa de mediação extrajudicial, consoante artigos 21 a 23, da Lei nº 13.140/2015, constituindo motivo mais do que suficiente para não repetição do ato em juízo<sup>116117</sup>.

<sup>115</sup> MENDES; HARTMANN, 2016, p. 177.

<sup>116</sup> MENDES; HARTMANN, 2016, p. 178.

<sup>117</sup> “Assim, a análise sistemática dos diplomas que cuidam da mediação judicial (NCPC e LM), especialmente voltada à sua base principiológica, convence do desacerto na designação obrigatória da audiência de mediação, quando ausente o elemento volitivo de uma ou de ambas as partes (seja com base no NCPC, seja com base na lei de mediação). Este posicionamento não é imune a críticas e a entendimentos contrários, contudo, a virtude parece estar em respeitar à máxima potência o princípio da autonomia da vontade e designar a audiência de mediação apenas e tão somente com a concordância de ambas as partes. Essa compreensão ganha especial reforço nos casos em que já houve tentativa prévia e infrutífera de autocomposição extrajudicial, comprovada nos autos por qualquer das partes; nesse caso específico, ousamos ir além e defender que faltaria o elemento elencado no inciso li, § 4º, do art. 334, NCPC, uma vez que esse litígio específico não seria passível de autocomposição (porque já tentada e já frustrada)”. MARCATO, Ana Cândida Menezes. A Audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da Afronta à Voluntariedade às Primeiras Experiências Práticas. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** — Justiça Multiportas: mediação, conciliação,

Logo, a respeito da audiência inaugural de mediação e conciliação prevista no Código de Processo Civil de 2015, conclui-se que o legislador optou por não privilegiar a autonomia da vontade em sua plenitude, obrigando a mediação/conciliação quando uma das partes insistir, possibilitando manobras protelatórias, onerando a parte com as despesas de deslocamento e o tempo despendido para comparecer a uma audiência infrutífera, pois imposta desde o seu nascedouro, caracterizando, ainda, seu não comparecimento injustificado como ato atentatório à dignidade da justiça, aplicando-se multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado<sup>118</sup>.

Por fim, imperativo registrar que o não comparecimento de qualquer das partes em nada influencia no resultado do julgamento (havendo aplicação apenas de sanção por ato atentatório), ficando afastada, portanto, qualquer possibilidade de extinção do processo ou de revelia, nada obstando, inclusive, a designação de posterior audiência com propósitos conciliatórios, se assim desejar as partes, (art. 139, V, NCPC), bem como a situação completamente oposta, qual seja, a exclusão da audiência em tela por meio de negócio jurídico processual entre as partes, consoante Enunciado nº 19, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)<sup>119</sup>.

---

arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 129-140, 2016, p. 137.

<sup>118</sup> CABRAL, 2016, pp. 476-477.

<sup>119</sup> Enunciado nº 19, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “(art. 190): São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogoratórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.”

#### 4 ADVOCACIA PÚBLICA NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Em rigor, são duas as razões principais aptas a embasar uma deliberação da Fazenda Pública pela celebração de acordos no processo: (i) acerto da parte adversária em sua pretensão, pois o ordenamento jurídico assegura-lhe a fruição de determinado direito subjetivo e/ou legitima a sua resistência à pretensão articulada pelo poder público; (ii) a demanda não se mostra estrategicamente interessante, quando considerados os seus custos e os benefícios<sup>120</sup>.

Há de se encarar o Estado em juízo (Fazenda Pública) como um litigante habitual, ou, nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, um “repeat player”, com inúmeras vantagens em suas atuações judiciais, como experiência com a lei por defender a máquina estatal, conferindo um melhor planejamento ou estratégia para o litígio, e a utilização de economia de escala por atuar em uma infinidade de processos, espalhando nesses os riscos da sucumbência<sup>121</sup>.

Inexiste qualquer óbice para utilização de procedimentos conciliatórios pelo Poder Público, notadamente quando razão alguma lhe assiste<sup>122</sup>, sendo indevida sua persistência em juízo pelo puro e simples interesse patrimonial estatal, pois uma das maiores missões do Advogado Público é “a sua atuação em prol da dignidade da pessoa humana, com a correção

<sup>120</sup> MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 164-213, 2016, p. 190.

<sup>121</sup> “(1) experience with the law enables better planning for litigation; (2) the repeat player has economies of scale because he has more cases; (3) the repeat player has opportunities to develop informal relations with members of the decision-making institution; (4) he may spread the risk of litigation over more cases; and (5) he can utilize strategies with particular cases to secure a more favorable posture for future cases.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective**. Indiana: Faculty Publications Paper, 1978, p. 193.

<sup>122</sup> “Assim, a nosso ver, parece evidente que, ao se constatar em um litígio judicial, à luz da provas já produzidas e da legislação pertinente, que o pleito deduzido pelo administrado merece acolhimento, além de existir o dever de reconhecimento do pedido, acompanhado da satisfação imediata do direito, deve o advogado público tomar diversas outras providências: a) verificar se existem outras situações pretéritas semelhantes, levadas ou não a juízo, orientando de ofício a Administração Pública a fazer cessar a violação do direito dos administrados; b) verificar se a conduta ativa ou omissiva do Poder Público que levou à violação pretérita já foi devidamente corrigida, de molde a evitar novos ilícitos futuros; c) caso ainda não tenha sido corrigida, proferir, de ofício, orientação jurídica para que o seja.” SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165-185, p. 182.



das ações que se desviaram dos princípios fundamentais em matéria administrativa, conciliando quando sejam constatadas falhas pelo poder público<sup>123</sup>”.

Deve-se, de início, partir da premissa de que o ordenamento jurídico pátrio não traz qualquer previsão normativa que determine a Administração exercer seus poderes apenas de forma imperativa e unilateral, devendo-se, ao revés, prestigiar a participação do administrado e as soluções consensuais. Se o Poder Público, ancorado no princípio da eficiência administrativa, pode perfeitamente cumprir seus propósitos sem se valer de seu poder de mando ou império, igualmente pode agir, em obséquio à proporcionalidade, da forma menos invasiva sobre a esfera de liberdade dos administrados<sup>124</sup>.

Trata-se, portanto, de modificar a postura costumeira da Administração Pública diante do processo, pois a resistência às pretensões dos particulares, em qualquer hipótese, independentemente de se ter ou não razão, é comportamento que debilita a própria Administração na relação processual, quando se faz presente para defender posições já superadas. A solução consensual é vantajosa não apenas para as partes envolvidas diretamente com a controvérsia, pois possibilita um efeito irradiante de melhora do funcionamento do aparato judicial<sup>125</sup>.

#### **4.1 Atuação da Advocacia Pública na mediação e conciliação**

A possibilidade de realização de acordos envolvendo o Poder Público constitui exemplo de que a indisponibilidade do patrimônio público não é uma regra absoluta apta a servir de fundamento para a criação indiscriminada de benefícios processuais para a Fazenda Pública, devendo guardar correlação com a razoabilidade e a efetiva defesa do interesse público primário<sup>126</sup>. De igual modo, o próprio Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, já referendou o entendimento de que ao Poder Público é possível realizar acordos, mesmo diante do argumento da indisponibilidade do interesse público<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> TASSE, Adel El. A missão do Advogado Público na defesa do Estado Democrático. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 25-35, out./dez. 2011, p. 29.

<sup>124</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 361.

<sup>125</sup> AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

<sup>126</sup> PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. *Fazenda Pública e Execução*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 29 e 30.

<sup>127</sup>“Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão

Se o patrimônio público não passa de instrumento para realização de interesses públicos primários, nada impede a possibilidade de aquele ser renunciado para atender a estes. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando o Estado renuncia a parte do que lhe é devido ao transacionar com um particular para pôr fim a um litígio, por saber que este ainda se arrastaria por muitos anos perante os tribunais, que já estão abarrotados de situações similares, possibilitando ter condições de se dedicar com mais qualidade aos casos jurídica e socialmente mais delicados<sup>128</sup>. Há, portanto, uma “necessidade imperativa de controlar-se a omissão estatal, sob pena de avolumarem-se as condenações judiciais e os subsequentes prejuízos ao erário, além obviamente da inevitável perda de legitimidade dos governantes e crescente caos social<sup>129</sup>”.

Observado o sistema organizacional inserido na Constituição de 1988, não há entes federativos superiores ou inferiores, mas tão somente com repartições de competências legislativas e administrativas devidamente definidas. Logo, em se tratando de acordos celebrados entre entes públicos, nenhuma das partes ocupará posição de supremacia perante a outra, haja vista todos se encontrarem em mesmo nível hierárquico, ou seja, os acordos celebrados entre entes públicos funcionam em regime de cooperação, não havendo, igualmente, possibilidade de se admitir a aplicação das chamadas cláusulas exorbitantes no âmbito de convênios entre entes federativos<sup>130</sup>.

Em que pese o efeito prático de redução do prazo para composição da controvérsia mediante a solução consensual, não se pode desconsiderar outra vantagem do consenso, qual seja, a de que as próprias partes envolvidas envidem juntas esforços para construir a melhor solução para o caso concreto, compatível com seus respectivos interesses e

---

recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 253885-MG - Relator: Min. Ellen Gracie. Primeira Turma, julgado em 04/06/2002.

<sup>128</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56000>>, p. 16. Acesso em: 22 jan. 2018.

<sup>129</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165-185, p. 176.

<sup>130</sup>MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Soluções consensuais entre entes federativos: necessidade de distinção do regime jurídico aplicável aos convênios entre entes públicos e aos convênios entre a Administração Pública e as organizações particulares. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, p. 54-62, jun. 2012, p. 58.

necessidades, nem sempre captados pela norma jurídica aplicada pelo magistrado no exercício de sua função jurisdicional ao por termo à lide<sup>131</sup>.

Logo, a utilização de instrumentos ditos alternativos de resolução de conflitos pode evidentemente ser utilizada pela Fazenda Pública, por exemplo, no cumprimento de sentença e na execução de títulos extrajudiciais, seja para evitar o procedimento judicial respectivo, seja para encerrá-lo, desde que observadas as prescrições e restrições legais e constitucionais, notadamente as referentes à expedição de precatórios e de requisições de pequeno valor, observando-se, sempre, a ordem cronológica de pagamento<sup>132</sup>.

Inclusive, em sede administrativa ou extrajudicial, a solução consensual pelo Poder Público, por intermédio de sua Advocacia, é buscada pela Lei nº 13.140/15, a qual traz, em seu artigo 32, a previsão de criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, tratando da autocomposição em que for parte pessoa jurídica de direito público<sup>133</sup>.

Reitera-se a impossibilidade, ao menos sem a devida fundamentação, da configuração de cláusula de confidencialidade em acordos envolvendo entes públicos, notadamente pela violação ao princípio constitucional da moralidade e publicidade:

Neste tipo de conflito, a confidencialidade somente pode ser exceção, sendo a publicidade a regra, seja por razões de isonomia (não se admite que o Estado venha a adotar critérios diferenciados para a celebração de acordos, que não tenham apoio claro na ordem jurídica), seja por razões de incremento no acesso à justiça (as provas e estudos técnicos podem e devem ser utilizados em processos semelhantes, reduzindo os custos e facilitando a tutela de direitos), seja por razões de transparência na gestão dos negócios públicos, já que existem, sempre e necessariamente, recursos públicos em jogo. Todos os acordos devem ser homologados em juízo, sendo que aqueles celebrados na esfera administrativa sujeitam-se, como todo e qualquer ato administrativo, ao controle judicial.

As exceções à confidencialidade somente se justificam, assim, quanto a documentos, sessões de mediação ou comunicações privadas entre mediadores e uma ou mais partes que envolvam: a) questões de intimidade das partes (situações singulares e

<sup>131</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 69. Acesso em: 16 out. 2018.

<sup>132</sup> PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda Pública e Execução.** Salvador: Juspodivm, 2018, p. 123.

<sup>133</sup> “Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. § 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado. § 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado. § 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial. § 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo. § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares”.

que se verificam na esfera familiar, por exemplo); b) questões que envolvam segredo comercial, industrial ou informações sobre a situação financeira de uma ou mais partes privadas; c) questões que envolvem informações de Estado, que já não seriam acessíveis ao público em geral de qualquer outra forma<sup>134</sup>.

Imperativo, portanto, ter bem traçadas as premissas que viabilizam um acordo entre particular e Poder Público, notadamente no que diz respeito ao interesse e à finalidade de sua realização, quais sejam: a) observância ao princípio da eficiência, pois acordos com termos ineficientes descambarão para acordos futuramente descumpridos; b) respeito aos direitos fundamentais que possam ser afetados por seu conteúdo; c) realização de acordos semelhantes para situações similares, em decorrência do princípio da isonomia, tal qual ocorre no Judiciário com a utilização dos precedentes judiciais<sup>135</sup>.

Mas a mudança de comportamento tem seu nascedouro em uma consultoria fortificada. É que o desempenho de uma atividade pró-ativa e abrangente no setor da consultoria, a despeito de implicar um aumento inicial no volume de trabalho, se bem conduzida, com o passar do tempo, fará com que o número de casos repetidos para os quais já houve pronunciamento anterior aumente progressivamente, formando-se uma “jurisprudência administrativa”, conferindo um aumento na segurança jurídica dos atos expedidos pela Administração, diminuindo, certamente, o número de feitos na atividade contenciosa, sem falar no aumento de legitimidade para o ente público cumpridor de seus deveres jurídicos e, ainda, no ganho social para a coletividade decorrente da maior previsibilidade jurídica das condutas do ente estatal<sup>136</sup>.

#### ***4.1.1 Dificuldades enfrentadas pelo Advogado Público em meios de autocomposição***

Indene de dúvidas de que a Administração Pública rege-se, em todas as suas atividades, não somente pelos princípios insculpidos no “caput” do art. 37 da CF, mas

<sup>134</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 370. Acesso em: 18 de outubro de 2018.

<sup>135</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 158. Acesso em: 16 out. 2018.

<sup>136</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165-185, p. 179.

igualmente pela cooperação na busca da solução consensual dos conflitos, em diálogo permanente com o administrado, sendo a boa-fé administrativa um corolário constitucional da moralidade administrativa<sup>137</sup>.

Em que pese não se opor à celebração de acordos por parte da Fazenda Pública, deve-se ter o cuidado de diferenciá-los do mero consenso entre particulares. As avenças privadas têm lastro no princípio da autonomia da vontade, ao passo que, no que diz respeito ao Poder Público, o princípio da legalidade deve imperar, não sendo, portanto, dado ao Advogado Público dispor em audiência sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pela Administração, unicamente por convicção pessoal, ou seja, sem qualquer autorização legislativa nesse sentido, ou qualquer consulta prévia ao posicionamento da instituição em que atua (orientações normativas, súmulas administrativas, pareceres de caráter normativo etc.)<sup>138</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, conquanto atribua aos advogados públicos uma autonomia técnica, mormente quando da produção consultiva, assentou, quando do julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>139</sup>, que aqueles não possuem autonomia funcional, haja vista os advogados públicos não possuem autorização constitucional para reconhecer o direito posto em juízo sem a autorização de seus superiores hierárquicos nas procuradorias.

Porém, há uma própria exceção positivada a tal raciocínio, referente às conciliações realizadas pela União e autarquias e fundações públicas no âmbito dos Juizados Especiais Federais, visto que a Lei nº 10.259/2010, em seu artigo 10, parágrafo único, estabelece, expressamente, que “representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais (...) ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”. Quanto à incidência de tal comando a Estados e Municípios, tem-se por sua impossibilidade, seja por afetar a autonomia federativa estadual e municipal a imposição de uma norma estritamente destinada a âmbito federal, seja por ir de encontro ao entendimento já externado acima, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que diferencia a autonomia técnica da Advocacia Pública à autonomia

<sup>137</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: < [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 56. Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>138</sup> MADUREIRA, 2016, p. 192.

<sup>139</sup> Trata-se da ADI nº 470, disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1516517>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

funcional própria do Ministério Público e da Magistratura, por exemplo, confundindo o entendimento isolado e pessoal do procurador ao daquele já pacificado na instituição.

Não se quer aqui dizer que o entendimento pessoal dos integrantes da Fazenda Pública é de somenos importância, mas, sim, que não se pode mostrar suficiente uma simples disposição pessoal à aplicação específica do Direito no caso concreto sem qualquer autorização legislativa que ampare ou autorize qualquer tipo de transação. Adotar tal postura afetaria, inclusive, a própria segurança jurídica na análise dos precedentes, eis que não seria de difícil configuração verificar a diversidade de posturas que prejudicariam a uniformização dos entendimentos referentes à Administração Pública<sup>140</sup>.

#### ***4.1.2 Crise de legalidade estrita***

Tradicionalmente, sempre se viu com maus olhos a participação do Poder Público em procedimentos transacionais, seja por suposta violação ao princípio da legalidade, consectário sagrado do Direito Administrativo que norteia o atuar gerencial das estruturas do Estado de forma vinculada, seja por ir de encontro à indisponibilidade do interesse público.

Nesse sentido, posicionou-se Caio Mário da Silva Pereira, em trabalho publicado no ano de 1977, portanto há mais de quarenta anos, segundo o qual o Poder Público não poderia fazer acordos, pois, mesmo que o Advogado Público reconhecesse o caráter ilegal do ato, não poderia se negar a defender sua legalidade, sob o argumento de que o Advogado Público não pode ser o juiz da Administração Pública<sup>141</sup>.

Em reforço, não se pode ignorar o argumento de que o princípio da legalidade é norte indissociável da atividade administrativa, de modo que sua conduta, a incluir a disponibilidade de seus direitos, ainda que patrimoniais, não dispensa a edição de lei<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> “Sendo assim, é recomendável, por razões de economia processual, que, nos processos envolvendo a Fazenda Pública, o juiz, no ato de citação, inste seus advogados a se manifestarem sobre a viabilidade da celebração do acordo, determinando-lhes, na oportunidade, que, se considerarem inviável a autocomposição, apresentem a sua contestação no prazo legal. Nesse contexto, a Fazenda Pública poderá, por um lado, manifestar-se pela inadmissibilidade da conciliação, hipótese em que apresentará a sua defesa, possibilitando com isso a regular e célere tramitação do feito. Poderá, ainda, anuir com a possibilidade de conciliação, hipótese em que poderá desde logo apresentar a sua proposta de acordo, o que poderá inclusive induzir a composição entre as partes independentemente da realização do ato solene”. MADUREIRA, 2016, p. 197.

<sup>141</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. A advocacia do Estado. **Revista da Procuradoria Geral de São Paulo**, n .10, p. n-89, jun. 1977, p. 77.

<sup>142</sup> “Parece razoável o entendimento de que os direitos patrimoniais da Fazenda Pública são disponíveis nos limites traçados pelo ordenamento jurídico, baseado na mais simples ideia de princípio da legalidade. Ou seja, é necessária norma jurídica expressa para definir de quais direitos da Fazenda os agentes públicos que a representam podem dispor, e os limites e condições para que assim o façam, sem que com isso se considere ferida a indisponibilidade do interesse público. Não é por outra razão que as alienações de bens públicos são possíveis, mas desde que autorizadas por lei. Da mesma forma, os créditos tributários podem ser excluídos por

Nada obstante, não se pode associar eventual ausência de previsão legal específica para participação de soluções autocompositivas com vício de legalidade, pois a busca do interesse público tem como força motriz não só o princípio da legalidade, mas também os demais princípios da Administração Pública, previstos no art. 37, *caput*, da CF, reforçando o espectro normativo que guiará a atuação estatal.

Em outras palavras, a previsão de uma legislação que esmiuçasse as condicionantes para celebração de acordos a envolver a Fazenda Pública seria o cenário ideal<sup>143</sup>, mas sua ausência não é causa suficiente para inviabilizar a autocomposição.

Em reforço, a escolha do conteúdo do interesse público, não raro, pode culminar na discricionariedade do administrador, o que não significa estar o mesmo desvinculado da legalidade, já que os princípios que informarão sua atuação estão devidamente positivados desde a Carta Magna. Logo, o que se deve sempre rechaçar não é a simples discricionariedade do administrador, mas sua indeterminação deliberada que propicie o arbítrio estatal<sup>144</sup>.

---

anistia, exigindo-se apenas que ela seja instituída necessariamente por lei. Finalmente, diversas normas permitem que advogados públicos celebrem transação em juízo. Nesse passo, pode-se afirmar que a arbitragem sempre foi cabível para solucionar conflitos envolvendo a Fazenda Pública sempre que a lei assim o autorizar”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e fazenda pública. In: **Processo societário**, II[S.I.: s.n.], v. 2. , 2015, p. 2-3.

<sup>143</sup> “Devem constar da legislação acerca do assunto, no mínimo: a) previsão do dever de avaliação de riscos de sucumbência toda vez que o Poder Público estiver no polo passivo de uma ação, bem assim do dever de análise das chances de êxito (não apenas no sentido de ganho processual, mas também no sentido de ganho econômico) em todas as hipóteses de possível ajuizamento de uma ação por ente público; b) previsão de que a avaliação de riscos deverá contemplar análise fática e jurídica, devendo ser realizada logo no início do processo, bem como sempre que houver qualquer novo elemento relevante (como, em matéria de direito, a edição de nova Súmula Vinculante do STF, Súmula ou parecer vinculante da AGU ou Súmulas de tribunais em geral, bem assim toda vez que houver decisão definitiva em cada instância judicial e, em matéria de fato, após o encerramento da instrução processual ou a produção de qualquer prova suficiente para esclarecer a controvérsia fática); c) previsão de que a análise dos riscos em matéria fática deve ser realizada em conjunto com a(s) área(s) técnica(s) competente(s) no assunto, e de que a análise de riscos jurídicos deve ser realizada por comitê constituído para tal fim em cada órgão da Advocacia de Estado, do qual devem participar necessariamente advogados que atuam junto a tribunais superiores e advogados que atuam na esfera consultiva relativa ao direito material aplicável ao caso; d) previsão do dever de reconhecimento do pedido, de não interposição ou desistência de recurso em caso de matéria que se verifique incontroversa já no início da ação ou durante o seu curso, conforme o caso, conforme parecer do comitê de avaliação de risco e do advogado atuante no caso; e) previsão do dever de tentativa de celebração de transação em matéria controversa, sempre que se verificar risco significativo de perda (aí entendido o risco superior a 60%, conforme critérios de avaliação de risco a serem regulamentados); f) previsão do dever de fundamentar a celebração (ou não) de transação, em determinados momentos processuais específicos (durante a audiência de conciliação, após a sentença ou decisão de segunda ou terceira instância desfavorável ao Poder Público); g) previsão de responsabilização do advogado atuante no caso e da chefia imediata pelos acréscimos decorrentes da ausência de tentativa de celebração de transação quando esta teria sido altamente recomendável, conforme percentuais de risco identificados pelo comitê de avaliação de risco; h) previsão de publicação dos extratos de acordos celebrados no sítio eletrônico do(s) órgão(s) envolvido(s) e no jornal oficial correspondente.” SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pp. 227-228. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>144</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jnsnbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jnsnbranco.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 37.

Com efeito, o vício de legalidade não deixa de ser vício pelo simples fato de ser sustentado pela Administração Pública. Em verdade, a ilegalidade deve ser reconhecida por toda a máquina administrativa, pois o Estado, “como fonte praticamente exclusiva da emanção de normas jurídicas de cunho geral, (...) deveria ser o primeiro a dar o exemplo no seu cumprimento”<sup>145</sup>.

Infelizmente, há ainda o argumento pragmático, levado a cabo por muitos advogados públicos, que parte da premissa de que a ação judicial deve ser inexoravelmente intentada, haja vista o particular, mesmo que provido de acerto em sua pretensão, poder perder-se em technicalidades ou filigranas processuais<sup>147</sup>.

De fato, a zona de incerteza sob a qual jaz a atuação da Advocacia Pública mais se mostra pela ausência de critérios válidos e pré-determinados de atuação funcional, contribuindo, inclusive, para o receio de responsabilidade do agente envolvido<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 167.

<sup>146</sup> “Assim, quando a Advocacia Pública depreender que o administrado tem razão, ou seja, que os agentes estatais incorreram em equívoco quando da aplicação originária do Direito, cumpre-lhe assegurar a fruição do direito sustentado pela parte adversária tal como ela o teria fruído se a Administração não tivesse se equivocado por ocasião da realização do ato impugnado. Nesse caso, o acordo aventado não poderá ser implementado sob a forma de transação (que exige concessões mútuas entre as partes), consistindo, portanto, em simples composição do litígio”. MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 164-213, 2016, p. 190.

<sup>147</sup> “Os argumentos daqueles que contam com a possibilidade de que, ao litigar em juízo, a parte privada possa perder um prazo ou não ter capacidade de manejar argumentos e provas de forma consistente o suficiente para fazer valer sua pretensão, o que pode vir a resultar numa vitória processual do Poder Público mesmo que sua conduta esteja em desacordo com o direito material, são de um cinismo e uma falta de ética tão deploráveis que dispensam comentários – sendo de se lamentar que tal postura (embora não expressa em público) ainda exista em meio a órgãos da Advocacia de Estado, sustentados pelos contribuintes brasileiros.

O reconhecimento total ou parcial do pedido do autor, em sede administrativa ou judicial, em situações onde ficar evidenciada a legitimidade jurídica de sua pretensão, é, assim, ato vinculado, não cabendo, no caso, quaisquer considerações de oportunidade e conveniência, que implicariam em puro e simples descumprimento da ordem jurídica emanada do próprio Estado”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 226. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>148</sup> “Ora, é com base na subordinação administrativa que estaria o advogado público vinculado às orientações do órgão que integra. A regulamentação interna da forma de atuação dos membros, no âmbito das procuradorias, inclusive com a estipulação de critérios objetivos para a prática de atos dispositivos, não só não ofende a autonomia funcional dos membros, como é imprescindível para garantir-lhes segurança na sua atuação. [...] É do agir administrativo o respeito às normas. E é das normas a impessoalidade. Portanto, não só podem como devem as procuradorias, a que estão subordinados administrativamente os advogados públicos, normatizar a atuação judicial e extrajudicial dos seus membros. Como argumento final a favor da regulamentação interna, aponte-se ainda a eficiência na atuação dos profissionais, vez que a existência de diretrizes prévias à atuação acelera a tomada de decisões.” CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsnbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsnbranco.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018, pp. 82-83.



E não poderia ser diferente, pois diante de dúvidas sobre os parâmetros a serem utilizados para celebração de acordos pelos advogados públicos, bem como a incerteza sobre a extensão de suas responsabilidades, fez com que houvesse uma inexpressividade de acordos celebrados envolvendo o Poder Público<sup>149</sup>. Igualmente, o receio de sanção por parte dos agentes públicos em sua atuação advém de uma cultura administrativa que somente enfoca a responsabilidade por ações, esquecendo-se, infelizmente, de se perseguir, com o mesmo rigor, pela omissão em seus deveres, a não celebração de acordos em situações cuja omissão deflagre prejuízo ao erário<sup>150</sup>.

A Administração Pública pode e deve celebrar acordos e transacionar no escopo de prevenir litígios descabidos que somente malfeririam o regular funcionamento de suas atividades. Com efeito, o acordo pressupõe a existência de um espaço de conformidade que a lei imprime ao administrador (discricionariedade) para valorar, casuisticamente, as medidas necessárias para a salvaguarda do interesse público. Transacionar, portanto, não implica abrir mão do interesse público, mas permitir sua própria concretização com a inclusão dos particulares interessados na solução da contenda<sup>151</sup>.

Em verdade, como se analisará adiante, uma das constatações a respeito da indisponibilidade do interesse público é a de que a Administração, uma vez ciente de que não lhe assiste razão em dado conflito, tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade, até mesmo de ofício, independentemente de provocação, principalmente judicial. Constatando um direito do particular face ao Estado, como decorrência direta do princípio constitucional da legalidade, cabe-lhe dar cumprimento a tal direito. Ora, se a todo e qualquer sujeito a mesma consequência haveria de incidir, com mais razão ainda deve o Poder Público assim

---

<sup>149</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 293. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>150</sup> “A insuficiência das previsões normativas existentes se insere, assim, num quadro de inércia institucional, em que existe grande receio de assunção de responsabilidade em nível pessoal pela celebração de acordos – e nenhuma cobrança pela omissão em realizá-los quando era o caso de realizar o acordo e evitar assim a realização de trabalhos e despesas adicionais desnecessárias para o erário.” SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 208. Acesso em 18 out. 2018.

<sup>151</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 193.

proceder, pois a legalidade para esse, ao contrário do que ocorre para os particulares, é um vetor fundamental de atuação<sup>152</sup>.

Desta forma, o aperfeiçoamento dos meios consensuais em processos judiciais dependerá de regulamentação (federal, estadual, ou municipal, a depender do ente público, sempre com observância da legislação nacional) suficientemente clara acerca dos critérios para avaliação de riscos e celebração dos acordos. Obviamente, o ato normativo deve trazer em seu bojo as devidas diretrizes, pois, se estiver permeado de conceitos jurídicos indeterminados ou vagos, não terá a serventia esperada<sup>153</sup>.

No intuito de melhor aperfeiçoar a Administração Pública em consonância com o direito constitucional de petição do particular ao Poder Público, deve-se atribuir competências específicas a determinados órgãos da Administração, passando a receber parcela de poder indispensável “para analisar os casos concretos envolvendo Administração e cidadão, para afinal decidir acerca da controvérsia e adotar a melhor solução de acordo com a Constituição, com os princípios e com as leis<sup>154</sup>”.

Em outras palavras, não há justificativa alguma para tolher a possibilidade de as pessoas de direito público celebrarem acordos processuais em soluções autocompositivas, cabendo, porém, maiores esclarecimentos a respeito do teor de tais acordos, bem como de seus respectivos limites legais<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017, p. 85.

<sup>153</sup> “Sempre bom lembrar, ainda, que referir-se à legalidade como parâmetro, mesmo no quadro do sistema tradicional de resolução de conflitos pela via litigiosa, ao mesmo tempo que aponta para uma referência da maior relevância, não tem o condão de proporcionar uma solução tão clara para o conflito quanto os fetichistas da legalidade parecem crer”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 221. Acesso em: 21 out. 2018.

<sup>154</sup> DAVI, Kaline Ferreira. Composição de litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. **Revista da Advocacia-Geral da União**. Ano VII. N. 16. Brasília: 2008. p. 183-196., p. 194.

<sup>155</sup> “Deixo claro, porém, meu entendimento de que todos estes pontos poderiam perfeitamente ser objeto de normas administrativas internas dos órgãos da Advocacia de Estado, muito embora sua previsão em lei federal servisse tanto para dar maior estabilidade ao assunto como para concretizar de forma mais abrangente os princípios da legalidade, da isonomia, da eficiência e da razoabilidade da duração do processo judicial. De todo modo, fica sempre a possibilidade de que a lei traga diretrizes gerais e que cada órgão da Advocacia de Estado venha a detalhar procedimentos em seu âmbito interno”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 227. Acesso em 19 out. 2018.

## 4.2 Interesse público

Não se pode dissociar o agir da Administração Pública, e, conseqüentemente, de sua Advocacia, do interesse público, pois o Estado não atua para si, mas sim para seu povo. Mas o que seria “interesse público”, senão um conceito jurídico indeterminado?

A ideia de interesse público remonta à noção de “bem comum”<sup>156</sup>. Norberto Bobbio, ao tratar do conceito de bem comum, ressalta seu relativismo histórico, carregado de uma imprecisão peculiar<sup>157</sup>, tendo como grande característica sua indeterminação ou variedade de significados aceitos em um dado momento histórico enquanto fins propostos e perseguidos pelo Estado<sup>158</sup>.

Porém, a necessária e indissociável vinculação do interesse público ao coletivo, contudo, se adotada sem qualquer juízo crítico, pode ocasionar condutas distorcidas e práticas não cooperativas, na medida em que o interesse individual pode sempre ser tido como antagônico<sup>159</sup>.

Portanto, não se quer tomar como equivocada a relação entre interesse público e bem comum, mas tão somente como incompleta<sup>160</sup>, até porque quando a pretensão da pessoa privada encontra amparo no ordenamento jurídico, forçoso “concluir que a mesma se coaduna

<sup>156</sup> De igual modo, Eduardo Fortunato Bim delimita a consecução do bem comum como o objetivo maior de um Estado Democrático de Direito, sem descuar, porém, das próprias balizas definidas pelo ordenamento jurídico: “(...) sem dúvida, o bem comum constitui o fim do Estado, mas sua consecução deve ocorrer dentro do ordenamento e não fora dele. Deve-se buscá-lo obedecendo-se às regras do jogo, não as violando sob o pretexto de um bem maior. Os regimes democráticos exigem esse respeito. O Estado democrático de direito impõe o respeito às leis e à Constituição”. BIM, Eduardo Fortunato. **A inconstitucionalidade das razões de Estado e poder de tributar: violação ao estado democrático de direito. Direito Tributário Atual**, São Paulo: Dialética, v. 19, p. 192-220, 2005, p.218.

<sup>157</sup> “[...] (a) o direito positivo é composto por normas que possuem um conteúdo impreciso. Em outras palavras, as normas jurídicas não possuem univocidade significativa; (b) os métodos de interpretação não são instrumentos suficientes para eliminar as imprecisões e descobrir o real conteúdo normativo; (c) todo ato de interpretação jurídica efetuado pelos órgãos aplicadores do Direito é um ato de criação jurídica e não simplesmente de elucidação do seu conteúdo intrínseco; (d) todas as interpretações lógicas possíveis de uma mesma norma jurídica possuem igual validade; (e) a opção do aplicador do Direito recai sempre, em cada caso concreto, sobre apenas uma das possíveis leituras da norma; e (f) a atribuição de sentidos unívocos às normas jurídicas é uma ficção que regra geral possui objetivos políticos”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **O processo: espaço de descoberta ou de construção de verdades?.** Opinião Jurídica. Fortaleza: Christus, v. III, n. 5, p. 97-110, 2005, p. 99.

<sup>158</sup> BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política: antologia.** Tradução de César Benjamim e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 142.

<sup>159</sup> “Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56-57.

<sup>160</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018, pp. 31-32.

com o interesse público, que nada mais é que a realização da Justiça e que, conseqüentemente, o interesse público e o interesse particular não são antinomias em permanente estado de colisão<sup>161</sup>”.

Buscando trazer alguma carga ou conteúdo a um conceito jurídico tão poroso, Fábio Konder Comparato, ao prefaciar o livro “Quem é o povo?”, de Friedrich Müller, assenta que “o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua condição comum de pessoas<sup>162</sup>”.

Fato é que interesse público não se enquadra como um princípio constitucional, mas como conceito jurídico indeterminado que, em um Estado Democrático de Direito, admite uma e única conceituação genérica, qual seja, o interesse de que o Estado respeite a Constituição e as demais normas compatíveis com ela<sup>163</sup>.

Logo, o propósito do Estado, enquanto instituição organizada para a consecução do interesse público, sempre deverá estar atrelado à observância das normas constitucionais, não se podendo invocar outro propósito em dissonância com os valores estabelecidos na Carta Magna.

Tendo o Estado o objetivo de conferir observância às normas de conduta e assim tornar possível uma convivência de grupos sociais cada vez mais complexos, não há motivo para invocar eventuais propósitos descumpridores de tais normas. Poderá ocorrer, de fato, a modificação do quadro normativo, dentro dos parâmetros previamente estabelecidos pelo ordenamento, mas jamais seu afastamento. Logo, o interesse público amplamente considerado não pode deixar de ser a submissão do Estado às normas constitucionais e às demais com elas compatíveis, não podendo a Fazenda Pública sustentar que determinada medida é compatível com o interesse público sem antes demonstrar a validade da lei que fundamenta o ato ou a medida em questão<sup>164</sup>.

Desta forma, o interesse público é multifacetado e só poderá ser aferido casuisticamente, “diante da situação ocorrida no mundo dos fatos, quando então, a partir de

---

<sup>161</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. A conciliação nos Juizados Especiais Federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (org.). **Juizados Especiais Federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 507-513, p. 511.

<sup>162</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. Revisão: Paulo Bonavides. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 28.

<sup>163</sup> MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006\\_dis\\_rcrmachado.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006_dis_rcrmachado.pdf)>, p 111. Acesso em: 12 set. 2018, p. 145.

<sup>164</sup> MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006\\_dis\\_rcrmachado.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006_dis_rcrmachado.pdf)>, p 111. Acesso em: 12 set. 2018.

sua definição, poder-se-á dizer que ele é indisponível, no sentido de que o Estado deverá envidar todos os seus esforços no sentido de concretizá-lo<sup>165</sup>”.

Há de se frisar que o ato de erigir qualquer argumento em simples consonância com um suposto interesse público, sem descer a minúcias ou às particularidades do caso concreto, implica furtar-se da necessidade de fundamentação dos atos administrativos ou judiciais, esvaziando a máquina pública do seu dever de motivação de decisões. Logo, a vinculação da temática “interesse público” a qualquer assunto deve estar devidamente embasada em outros elementos fáticos e jurídicos que possam concatenar meio e fim de uma argumentação<sup>166</sup>.

Em outras palavras, precisamente por se enquadrar como um conceito verdadeiramente indeterminado, que pode se moldar de modo peculiar em cada situação, o argumento do “interesse público” não pode ser invocado, de maneira isolada e genérica, para justificar a validade de determinado ato estatal, sob o pretexto de que este o realiza em uma verdadeira justificativa tautológica.

Portanto, tal indeterminação, em qualquer caso, longe de autorizar a invocação genérica do termo como chancela para prática de atos arbitrários, exige uma maior fundamentação das decisões, judiciais ou administrativas, que nele eventualmente se baseiem, partindo-se sempre da premissa de que o interesse público serve para limitar o poder de atuação da administração, nunca o contrário<sup>167</sup>.

#### **4.2.1 Interesse público primário e secundário**

Uma vez verificada a indeterminação “a priori” do conceito de interesse público, cumpre agora adentrar na clássica divisão de Renato Alessi entre interesse público primário e

<sup>165</sup> RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Arbitragem e Fazenda Pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, n.1, p. 338-410, 2014. p. 400.

<sup>166</sup> “Caso se admita a possibilidade de um julgador invocar o ‘interesse público’ como razão de decidir, esvaziar-se-á, completamente, a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas, a qual, além de expressamente consagrada na Constituição, é decorrência direta e inafastável dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.” MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006\\_dis\\_rcrmachado.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006_dis_rcrmachado.pdf)>, p 114. Acesso em: 12 set. 2018.

<sup>167</sup> MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006\\_dis\\_rcrmachado.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006_dis_rcrmachado.pdf)>, p 111. Acesso em: 12 set. 2018, p. 92.

secundário. Há que se diferenciar o interesse genuinamente público (primário) do interesse próprio do Estado enquanto indivíduo (secundário).

É que o Estado, tal como os particulares, é possuidor de personalidade, que, pois, existe e convive no universo jurídico, independentemente de ser encarregado dos interesses públicos, podendo ter interesses que lhe são individuais, similares aos interesses de qualquer outro sujeito<sup>168</sup>.

Atentando-se para uma diferença prática de ponderação entre interesse público primário e secundário diante de interesses particulares, Luís Roberto Barroso<sup>169</sup> assevera que o interesse público primário seria supremo e o próprio parâmetro da ponderação, consistindo na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional e dos valores fundamentais, ao passo que o interesse público secundário seria o do erário enquanto pessoa jurídica, não desfrutando de supremacia prévia e abstrata em face do interesse particular.

Janaína Soares Noletto Castelo Branco<sup>170</sup> alerta para os riscos de uma visão dicotômica (e até maniqueísta) de interesse público primário e secundário muito presente em seio doutrinário, no sentido de que a Advocacia Pública tão somente serviria para proteção do interesse patrimonial da Administração, ao passo que instituições outras, como Ministério Público e Defensoria Pública, seriam as verdadeiras responsáveis pelo resguardo do interesse primário, referente ao bem-estar da coletividade:

Não se está aqui a negar que, em diversas situações, haja divergência entre o que o Estado, como pessoa jurídica, e outras instituições (muitas inclusive estatais, como o Ministério Público e a Defensoria Pública) e pessoas (como ocorre nas ações populares) entendem como interesse público. Todavia, o que ocorre nessas situações é exatamente isso: divergência quanto ao que corresponderia ao interesse público em determinada situação. Mas a defesa da tese de que o Ministério Público e outras instituições e pessoas agem em defesa do interesse público primário, enquanto a Advocacia Pública agiria para a proteção do interesse público do ente estatal, o secundário, é absurda. Se assim fosse, e diante da “regra” de prevalência sempre do primário sobre o secundário, seria totalmente inútil a atuação judicial desses órgãos, estando já resolvido a priori o conflito em favor da tese levantada por aqueles que defendem o “legítimo” interesse público, o primário. Todas as instituições e pessoas que agem em defesa do interesse público têm, na verdade, uma visão própria do que deve corresponder a este enigmático conceito.

<sup>168</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 62-63.

<sup>169</sup> BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse. In SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse pública**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005, p. XV e XVI.

<sup>170</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 33.

Em outras palavras, ao assim categorizar o interesse público nestas duas vertentes, estar-se-ia também prevendo uma regra de predominância (ou importância) do interesse público primário sobre o secundário, de modo que aquele, quando em colisão com o primário, certamente cederia<sup>171</sup>.

De fato, o argumento de que cabe à Advocacia Pública a defesa de seu interesse patrimonial, qual seja, o interesse público secundário, não revela por completo a consistência de tal assertiva<sup>172</sup>. Isso porque este interesse público só deve ser defendido quando em consonância com o interesse público primário, qual seja, o interesse público da coletividade como bem maior, ainda que se confesse a natureza jurídica indeterminada ou porosa de tal conceito. Afinal de contas, o interesse público patrimonial não é dito “secundário” à toa, devendo apenas ser efetivado quando em consonância com os propósitos do Estado como manifestação da sociedade, em observância aos ditames da ordem jurídica estabelecida como resultado de uma aplicação correta do Direito, devendo assim a Advocacia Pública atuar tanto em âmbito consultivo quanto contencioso<sup>173</sup>.

Ademais, não se pode descartar a possibilidade de colisões entre dois ou mais interesses públicos primários, dificultando a configuração de interesses que cabe ao Poder Público proteger e garantir<sup>174</sup>. O interesse público primário possui o escopo de salvaguardar e garantir os direitos fundamentais, suscetíveis, por sua vez, de entrar em conflito entre si.

---

<sup>171</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: < [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 32.

<sup>172</sup> “É equivocada a classificação do interesse público em primário (da sociedade) e secundário (do ente estatal) e a constatação de que deve prevalecer o primeiro quando em confronto com o segundo. É que não há legitimidade na busca pelo Estado da satisfação de interesses próprios. O que se costuma apontar como interesse secundário são interesses ilegítimos do ente público. O interesse público deve ser buscado por todos que atuam em funções públicas, não sendo rara, todavia, a divergência de instituições acerca de qual seja o interesse público em determinadas situações. A Advocacia Pública, na representação judicial do ente público, está a defender o interesse público, e não um interesse secundário, ilegítimo, do ente estatal.” CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: < [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 170.

<sup>173</sup> MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 164-213, 2016, p. 183.

<sup>174</sup> “Imagine-se, por exemplo, o Estado relutante no pagamento de indenização devida ou mesmo cobrando tributos em valores exageradamente elevados. Nessas situações, a Administração estaria ‘defendendo interesses apenas “seus”, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo’. Resta evidente também que, em muitos casos, poderão nem sempre coincidir interesse primário e secundário. Nessas situações, os interesses meramente secundários não devem ser prestigiados ou atendidos.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública.** São Paulo: Dialética. 2003. p. 44.

Nestes casos, qual seria o interesse público que cabe ao Estado (ou ao Advogado Público) defender?

Tome-se como exemplo<sup>175</sup> um conflito de interesses na instalação de um empreendimento industrial que deflagre degradação ambiental, ao mesmo tempo em que traz para uma região carente empregos e arrecadação para os cofres públicos a título de tributação.

No presente cenário, há diferentes interesses públicos primários em conflito: de um lado, o direito à livre iniciativa, o direito ao trabalho e ao desenvolvimento econômico, e, de outro, o direito à saúde e a um meio ambiente equilibrado, sem ainda desconsiderar o interesse público secundário de prosseguir ou aumentar no processo de arrecadação ao erário. Em que condições um Advogado Público, seja no exercício de sua função consultiva na elaboração de parecer, seja no exercício de sua atuação contenciosa defendendo o Estado, pode alegar que formulou seu convencimento acerca da licitude ou não do empreendimento com supedâneo no interesse público?

De igual modo, não se configura desarrazoado eventual conflito entre determinado interesse público primário e secundário, de modo que a invocação do argumento da supremacia do interesse público mostra-se completamente descabida. É o que se verifica quando um ato ilícito estatal (comissivo ou omissivo) resulta em eventual condenação para os cofres públicos. Em outras palavras, o argumento da satisfação do interesse público na defesa de um ilícito garante apenas a supremacia do interesse público secundário sobre o interesse público primário, porém esse, como enfatizado alhures, consiste no dever de o Estado respeitar e garantir os direitos de seus cidadãos, observando as normas do ordenamento. Ao fim e ao cabo, persistir em tal defesa seria fomentar uma atividade financiada pelos contribuintes (a Advocacia Pública) em defesa de ilícitos perpetrados, ainda que indiretamente, contra eles mesmos<sup>176</sup>.

Em verdade, o Estado não pode ser considerado como um fim em si mesmo, mas sim concebido pela sociedade para servi-la e, como corolário, não se justifica a adoção de concepções ou interesses diametralmente opostos aos anseios daquela. Portanto, quando o Advogado Público faz a defesa de determinada política pública, não se utiliza apenas do

<sup>175</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 87-127, p. 96.

<sup>176</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 214. Acesso em: 18 out. 2018.



interesse da pessoa jurídica estatal, haja vista as políticas públicas serem dirigidas à satisfação do interesse da coletividade.

#### ***4.2.2 Supremacia do interesse público sobre o particular***

Em que pese a vagueza do conceito jurídico de interesse público, sempre se partiu de sua superioridade como parâmetro, seja face ao interesse individual (particular), seja face às peculiaridades que o Direito Administrativo ostenta, em uma relação de verticalidade entre Estado e indivíduo baseada em um poder de império.

Como exemplo, Leonardo José Carneiro Da Cunha assinala que a supremacia do interesse público sobre o particular é princípio constitucional implícito que determina, invariavelmente, a prevalência do público sobre o particular, pois, em que pese inexistir expressamente norma constitucional que albergue tal princípio, “sua consolidação, todavia, decorre, como visto, de uma ideia antiga e praticamente universal, segundo a qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do individual<sup>177</sup>”.

Nada obstante, mediante uma análise crítica da supremacia do interesse público como embrião do Direito Administrativo<sup>178</sup>, defende-se que sua origem liberal, qual seja, de submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos individuais, na verdade, não passa de um mito, já que sua dogmática estruturou-se a partir da preservação da autoridade do Antigo Regime, e não do advento das conquistas liberais e democráticas, servindo o direito administrativo como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder<sup>179</sup>.

Além disso, importante consignar que, ainda nos casos em que há predominância do interesse público sobre o particular, deve-se observar que, tal qual o interesse privado não é absoluto, também o interesse público não o é, pois sempre há necessidade de um melhor delineamento casuístico que deve ser comprovado para a respectiva predominância do

<sup>177</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 26.

<sup>178</sup> “(...) é preciso afastar a psicologia de que a invocação da supremacia do interesse público sobre o particular pode ter um significado nobre, porque, segundo a tradicional educação jurídica ofertada há anos pelo Direito Administrativo, a aceitação de tal supremacia tem por fim disponibilizar à Administração o poder para realizar atos em favor da sociedade como um todo”. MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006\\_dis\\_rcrmachado.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006_dis_rcrmachado.pdf)>, p 130. Acesso em: 12 set. 2018, p. 133.

<sup>179</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.1, n. 02, p. 27-63, 2005, p. 55.

interesse coletivo ou individual, razão pela qual o interesse público não pode ser tachado de “supremo” sobre o particular de maneira prévia e generalizada<sup>180</sup>.

Não há dúvidas de que a dimensão social de um direito fundamental pode mostrar-se mais relevante que sua dimensão individual, mas o contrário também é possível, sendo este mais um fator que corrobora a inexistência de um princípio que imponha previamente e genericamente a supremacia de um interesse público sobre o particular. Logo, ainda diante de casos em que se observa a prevalência da dimensão social de um direito fundamental sobre sua dimensão individual, não se pode, sob o pretexto de garantir suposta predominância, simplesmente ignorar a dimensão individual, desconsiderando-a completamente<sup>181</sup>.

Desta forma, a rigor, bem como a despeito de opiniões em sentido contrário, não se revela adequado o enquadramento da supremacia do interesse público como um princípio (ainda que constitucional e implícito). Gustavo Binbenojm expõe a diferença substancial entre atestar a existência de interesse público e enquadrar sua suposta supremacia como princípio:

Com efeito, uma norma que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificada como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos.

Por outra via, a norma de supremacia pressupõe uma necessária dissociação entre o interesse público e os interesses privados. Ocorre que, muitas vezes, a promoção do interesse público - entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas - consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível. A imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual.

Na verdade, o conceito de interesse público é daqueles ditos juridicamente indeterminados, que só ganham maior concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações da coletividade de caráter metaindividual, igualmente estampadas na Constituição. Ao Estado Legislador e ao Estado Administrador incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade. Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.

<sup>180</sup> MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006\\_dis\\_rcrmachado.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006_dis_rcrmachado.pdf)>, p 130. Acesso em: 12 set. 2018, p. 130.

<sup>181</sup> MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006\\_dis\\_rcrmachado.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006_dis_rcrmachado.pdf)>, p 111. Acesso em: 12 set. 2018, p. 118.

Veja-se que não se nega, de forma alguma, o conceito de interesse público, mas tão-somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público<sup>182183</sup>.

Logo, a qualificação da supremacia do interesse público como princípio é, no mínimo, contraditória, pois, para ser princípio, precisa ser objeto de ponderação diante de colisões, mas, ostentando a característica de “supremo”, o interesse público não estaria suscetível a sopesamento, estando sempre em uma relação de superioridade em detrimento do interesse individual ou particular<sup>184</sup>.

Quando a Constituição limita direitos individuais em favor de interesses coletivos, não se está comprovando a existência do princípio da supremacia do interesse público<sup>185</sup>, pois a própria norma constitucional define o fundamento da restrição, nunca sendo tal fundamento o pretense princípio em si.

Em outras palavras, se a própria intenção da lei, em determinadas situações, entende por bem priorizar o interesse coletivo, a própria norma constitucional consagradora, que confere prevalência ao direito da coletividade, é o fundamento da referida limitação ao direito individual, e não um prévio e implícito “princípio” da supremacia do interesse público.

<sup>182</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.1, n. 02, p. 27-63, 2005, pp. 55-56.

<sup>183</sup> Ao fim, o mesmo autor conclui seu raciocínio no sentido de que “Na maioria dos casos, todavia, nem a Constituição nem a lei realizam o juízo de ponderação, por completo, entre os interesses conflitantes. Aqui, tal como o legislador, incumbirá ao administrador público percorrer as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para encontrar o ponto arquimediano de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas”. BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.1, n. 02, p. 27-63, 2005, p. 58.

<sup>184</sup> “(...) caso se veja essa supremacia como algo oponível aos direitos fundamentais considerados em sua dimensão individual, ainda assim não poderá ser invocada como fundamento para que sejam relativizados. Isso porque não é princípio constitucional, assim como o entende a nova hermenêutica constitucional, pois para ser princípio precisa ser ponderável, e, para tanto não pode, a priori, estabelecer a supremacia de um valor sobre outro, no caso a supremacia da dimensão pública sobre a individual dos direitos e garantias fundamentais”. MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006\\_dis\\_rcrmachado.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006_dis_rcrmachado.pdf)>, p 130. Acesso em: 12 set. 2018, p. 145.

<sup>185</sup> “[...] o princípio da supremacia do interesse público é confundido com meras regras (não princípios) jurídicas, constitucionais ou legais, que realizam uma pré-ponderação entre os valores envolvidos e optam, para a hipótese, pela preponderância de determinado interesse público sobre os interesses particulares (p. ex., as normas constitucionais que prevêm a desapropriação). Note-se que o contrário também é comumente verificado, ou seja, normas que pré-ponderam os interesses em jogo em favor do interesse privado (ex., as que protegem o sigilo telefônico). Em se tratando de norma legal, naturalmente que a pré-ponderação efetuada pelo Legislador deve ser constitucional, ou seja, razoável e proporcional diante dos valores constitucionais envolvidos, tanto em abstrato, como na sua aplicação a determinado caso concreto. Já quando o intérprete se depara com situações para as quais não exista norma abstrata pré-ponderando os interesses envolvidos, em que não há como se pressupor uma necessária supremacia de alguns desses interesses sobre outros, deve realizar a ponderação de interesses in concreto, à luz dos valores constitucionais envolvidos”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-22, p. 4-5.

Há, portanto, uma opção constituinte advinda de um juízo de ponderação e proporcionalidade (pelos valores trazidos pela Constituição) em uma situação específica<sup>186</sup> que faça prevalecer o interesse público, afastando-o da ideia de uma prevalência “a priori” e indiscriminada<sup>187</sup>.

Diante de possíveis tipos de conflito entre interesse público e interesse particular, somente se poderia aferir uma prevalência ou “supremacia” de um sobre o outro “quando se tratar de conflito entre interesse público primário e interesse particular não protegido por norma de direito fundamental”, estando a Administração atrelada ao dever de agir proporcionalmente, “sempre visando ao atendimento do interesse público primário, restringindo o interesse particular do cidadão somente na medida do estritamente necessário<sup>188</sup>”.

Resta claro, portanto, que o suposto princípio da supremacia do interesse público apresenta unicamente efeito retórico, “sendo necessário utilizar os instrumentos que a doutrina constitucionalista vem desenvolvendo para solucionar as hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, através da técnica da ponderação<sup>189</sup>”.

#### **4.2.3 Indisponibilidade do interesse público**

Uma vez já verificada que a supremacia do interesse público não deve ser rigorosamente enquadrada como princípio, mas como característica apta a viabilizar sua ponderação diante do interesse particular, trata-se abaixo da chamada “indisponibilidade” do interesse público.

<sup>186</sup> “O que há não é um interesse mais relevante que outro a justificar tratamento diferenciado, mas peculiaridades da atividade estatal que justificam a imprescindibilidade do discrimen, a fim de que seja protegido o interesse público. Portanto, é o interesse público, e não uma suposta superioridade deste, que justifica que, diante de peculiaridades da atividade estatal, haja um tratamento não isonômico.” CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: < [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 98.

<sup>187</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: < [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 33.

<sup>188</sup> MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006\\_dis\\_rcrmachado.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006_dis_rcrmachado.pdf)>, p 130. Acesso em: 12 set. 2018, p. 131.

<sup>189</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pp. 215-216. Acesso em: 21 out. 2018.

Na indisponibilidade do interesse público, encontra-se fundamento para não permitir uma atuação discricionária, mas sempre vinculada, por parte da Administração Pública quando, por exemplo, deparar com possibilidade de manejo de ação regressiva diante de agente público que atuou com dolo ou culpa causando dano arcado pelo erário. Ora, não há qualquer margem de opção, por parte da Administração, para fazer valer sua pretensão de ressarcimento de ordem regressiva diante de seu agente, tal qual imposto pelo próprio texto constitucional (art. 37, §6º, da Constituição Federal). Igualmente, a impossibilidade de acordo ou qualquer tipo de transação em ações de improbidade administrativa também encontra amparo na indisponibilidade do interesse público.

Da mesma forma, referida indisponibilidade vinha sendo tratada como absoluta, ou seja, inviabilizando qualquer atuação administrativa, não só ao arrepio da lei, mas também diante da ausência de previsão legal específica para determinado caso, atrelando seu agir a um critério de subordinação legal, típico do Poder Público, em sentido diametralmente oposto ao do particular, já que este se porta diante de um critério de não contradição perante o ordenamento, podendo fazer tudo aquilo por ele não proscrito.

Referido critério foi utilizado como fundamento, por muito tempo, para inviabilizar as soluções autocompositivas por parte da Fazenda Pública, bem como vem ainda sendo utilizado como fator impeditivo para uma atuação da Advocacia Pública, que, embora tenha sido instigada à participação em conciliações e mediações, inclusive, pelo CPC de 2015, ainda teme uma atuação despida de previsões legais específicas que teriam a função de destrinchar um proceder funcional seguro, isento de apurações de responsabilidades em caso de eventuais excessos porventura provocados por seus agentes.

Cláudio Penedo Madureira<sup>190</sup> assevera, portanto, que a indisponibilidade do interesse público não deve servir como óbice para a realização de soluções autocompositivas por parte da Fazenda Pública, mas sim como substrato para assim atuar, sob pena de a Administração ir de encontro ao que está positivado no ordenamento jurídico.

---

<sup>190</sup> “Posto isso, a incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público, longe de constituir impedimento jurídico a que os advogados públicos disponham, em juízo, sobre direitos e interesses transitariamente defendidos pela Fazenda Pública, mas contrários ao Direito pátrio, torna impositivo o ato de disposição. Em primeiro lugar porque esses interesses transitórios, na medida em que se demonstram contrários ao Direito, não correspondem ao interesse público, e por isso não são interesses indisponíveis. Em segundo lugar porque se a equívoca aplicação do Direito pela Administração induz, na face oposta, negativa a direitos subjetivos assegurados pelo ordenamento, que resultam da observância da ordem jurídica estabelecida, o interesse público residirá justamente na disponibilidade desses interesses transitórios (ou meramente secundários). Sendo assim, a adoção de semelhante postura é impositiva não apenas por exigência dos princípios da legalidade administrativa e da supremacia do interesse público sobre o privado, mas também por decorrência da indisponibilidade do interesse público”. MADUREIRA, 2016, pp. 187-188.

Ao tratar da indisponibilidade do interesse público e da possibilidade de composição de litígio pelo Poder Público, mesmo quando este for parte no processo, Eduardo Talamini<sup>191</sup> observa que, ao compor um litígio, a Administração não está dispondo, ou seja, “abrindo mão” do interesse público quando dá cumprimento ao direito alheio, pois atender ao interesse público é justamente cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado<sup>192</sup>.

Igualmente, a mitigação da ideia de uma indisponibilidade absoluta do interesse público também se faz presente em outros campos. Como exemplo de composição a envolver direitos disponíveis, Hugo de Brito Machado aduz que “Para aceitarmos a transação no Direito Tributário, realmente, basta entendermos que o tributo, como os bens públicos em geral, é patrimônio do Estado<sup>193</sup>”. De outra banda, ao tratar de renúncia de receita, possível consequência de uma transação, a envolver Direito Tributário e/ou Financeiro, Paulo Henrique Figueiredo faz a ressalva de que “a receita resultante da operação tributária é absolutamente necessária para garantir aos cidadãos do Estado os meios mínimos para sua existência, como saneamento básico, saúde, etc.<sup>194</sup>”. Em consequência, a renúncia de pecúnia pela Administração Pública deve ser objeto de parcimônia, no intuito de não comprometer ainda mais os direitos de cidadãos em obter condições mínimas de existência.

Ademais, a indisponibilidade de um direito, por si só, não acarreta sua impossibilidade de ser suscetível a acordos ou transações. Trespassando o raciocínio da indisponibilidade do interesse público para temas afetos ao Direito de Família, como filiação e maternidade/paternidade envolvidas em conflitos relativos à guarda de filhos menores, a incluir o dever de prestar alimentos, por exemplo, percebe-se que são claramente indisponíveis, a despeito de a mediação nestes casos estar sendo amplamente utilizada<sup>195</sup>, pois

<sup>191</sup> TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017, p. 91.

<sup>192</sup> “A indisponibilidade do interesse público não se confunde com a disponibilidade de meios para atingi-lo, sendo que o mecanismo mais adequado para tanto pode, à luz de uma análise efetuada com base nas circunstâncias concretas, ser a arbitragem, o que revela a impropriedade de se invocar o princípio da indisponibilidade do interesse público como óbice a sua utilização por entes públicos”. RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Arbitragem e Fazenda Pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, n.1, p. 400, 2014.

<sup>193</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111-135, p. 115.

<sup>194</sup> FIGUEIREDO, Paulo Henrique. **Transação tributária** – como expressão dos direitos do cidadão. Recife: Bagaço, 2004, p. 226.

<sup>195</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 131. Acesso em: 22 out. 2018.

o “fato de um direito ser absolutamente indisponível não implica que nenhum dos aspectos da questão possa ser objeto de transação, desde que a tutela àquele bem ou direito, holisticamente verificada, seja, de forma mais eficiente, garantida<sup>196197\*</sup>”.

No que tange à relação processual, em uma concepção tradicional, se incumbe à Fazenda Pública zelar pelo interesse público, não há inconstitucionalidade ou ilicitude no estabelecimento de prerrogativas aos seus entes quando da atuação junto ao Judiciário, desde que se evidenciem necessárias à adequada atuação de seus representantes judiciais na busca da preservação do interesse público primário, qual seja, o da coletividade<sup>198</sup>.

Porém, da mesma forma que a supremacia do interesse público, a indisponibilidade não se revela como absoluta e isenta de ponderações. Com efeito, apesar de ambas constituírem os principais fundamentos para justificar a existência de prerrogativas processuais em benefício do Poder Público, não podem ter a sua utilização desvirtuada para criação de privilégios descabidos, que tenham a única finalidade de tornar a Fazenda Pública uma “superparte”, o que, certamente, ensejaria violação ao princípio da igualdade processual, indo de encontro ao verdadeiro interesse público.

Verifica-se, portanto, que a indisponibilidade do interesse público não deve ser utilizada como argumento puramente retórico ou tautológico para impedir transações em seio administrativo, devendo ser sopesado, ponderando-se sua disponibilidade em níveis ou graus de aceitabilidade.

---

<sup>196</sup>BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 521.

<sup>197</sup> “Daí a constitucionalidade dos diversos permissivos legais que, como vimos, autorizam a transação em matéria de proteção ambiental, proteção da concorrência, proteção do consumidor, proteção do mercado de valores mobiliários, proteção da criança e do adolescente, proteção do idoso, serviços de energia elétrica, serviços de transporte rodoviário, supervisão de serviços de saúde e de educação, desapropriação e tantos outros”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 220. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>198</sup>PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda Pública e Execução**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 123.

## 5 TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ADVOCACIA PÚBLICA NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Tendo sido exposta a possibilidade de o Poder Público participar de soluções consensuais, resta agora dissertar de que forma referida atuação da Advocacia Pública pode tutelar juridicamente direitos fundamentais, em consonância com sua função constitucional de representar judicial e extrajudicialmente a Administração Pública, apontando diligências ou procedimentos que podem ser tomados pelo Advogado Público em conciliação e mediação.

### 5.1 Direitos fundamentais

A definição e caracterização de direitos fundamentais não estão infensas a críticas ou observações das mais diversas ordens, de modo que até seu conteúdo é objeto de controvérsia.

De qualquer sorte, parte-se da definição de George Marmelstein, para quem os direitos fundamentais são normas jurídicas intimamente ligadas à noção de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, fundamentando todo o ordenamento com sua carga axiológica<sup>199</sup>.

Para Ana Paula de Barcellos, “os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática<sup>200</sup>”.

E não se pode esquecer inclusive do próprio acesso à justiça como direito fundamental, pois, vez que a titularidade de direitos é desprovida de qualquer significado ou importância prática na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação, havendo quem se afirme que o acesso à justiça o mais básico dos direitos fundamentais<sup>201</sup>.

<sup>199</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 18.

<sup>200</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 09-10.

<sup>201</sup> “Indeed, the right of effective access is increasingly recognized as being of paramount importance among the new individual and social rights, since the possession of rights is meaningless without mechanisms for their effective vindication. Effective access to justice can thus be seen as the most basic requirement – the most basic “human right”—of a modern, egalitarian legal system which purports to guarantee, and not merely proclaim, the legal rights of all.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective**. Indiana: Faculty Publications Paper, 1978, pp. 184-185.



Igualmente, não se pode confundir “direitos” com “garantias” fundamentais, estas sendo normas assecuratórias ou instrumentais relacionadas à efetivação daqueles. Em outras palavras, são meios dos quais os direitos se utilizam para se efetivarem<sup>202</sup>.

Ademais, recomendável consignar a diferença adotada entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” pela doutrina<sup>203</sup>, estando os primeiros consagrados no plano internacional, ao passo que os direitos fundamentais estão positivados na Carta Magna de cada Estado Soberano, em que pese ambos materialmente primar pelo conteúdo essencial a uma vida digna.

De igual modo, a discussão travada acerca da distinção ontológica entre os vocábulos “geração” e “dimensão” de direitos fundamentais também é notória. De um lado, Paulo Bonavides realça a imprecisão do termo “geração” em detrimento de “dimensão” de direitos fundamentais<sup>204</sup>, inclusive pela ausência de uma rigorosa sucessão cronológica entre estas, revelando-se, não raro, um anacronismo entre os direitos fundamentais<sup>205</sup>.

Em verdade, a utilização de um ou outro vocábulo pode revelar um preciosismo terminológico se não adotada juridicamente a verdadeira semântica de um direito fundamental, qual seja, sua interdependência com bens jurídicos tutelados por outros direitos que, somados, culminam na salvaguarda e promoção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, não se pode incorrer no erro de querer catalogar os direitos fundamentais em dimensões estanques, haja vista sua indivisibilidade e interdependência,

---

<sup>202</sup>“os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pp. 88-89.

<sup>203</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6.ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 393.

<sup>204</sup> “[...] eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, forma a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado seu primeiro largo passo”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 571-572.

<sup>205</sup> “[...] qualquer que seja o parâmetro de reflexão, a começar pela filosofia política do socialismo não-marxista, passando pela história das primeiras Constituições sociais do século XX, até a sistemática do direito constitucional brasileiro vigente, o enquadramento dos direitos sociais como direitos de prestação positiva contra o Estado é irremediavelmente inexato. Os direitos fundamentais de natureza trabalhista, que, desde a carta encíclica *Rerum novarum* de 1891 à Constituição do Brasil de 1988, foram catalogados entre os direitos sociais, são, em grande número, direitos de abstenção, ao modo dos direitos liberais em geral, e não têm necessária nem exclusivamente, como sujeito passivo da relação jurídica de direito material, o poder público”. MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 175.

como se, por exemplo, o direito à propriedade fosse exclusivamente de primeira dimensão, ao passo que o direito a moradia pertencesse unicamente à segunda dimensão, sem haver qualquer tipo de interdependência entre ambos. Em verdade, o ideal é considerar os direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões, não havendo qualquer hierarquia entre elas, todas compondo uma mesma realidade dinâmica<sup>206</sup>.

Desta forma, os direitos fundamentais, ainda que considerados em sua dimensão individual, não possuem apenas dimensão subjetiva, mas igualmente objetiva, ou seja, são pauta de valores de interesse da sociedade previstos no ordenamento, sendo sua preservação e observância de interesse público<sup>207</sup>.

E tal imbricação entre direitos de primeira e segunda dimensão não poderia ser diferente, pois, como adverte Flávia Piovesan, “a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade<sup>208</sup>”.

De igual modo, não se pode adotar como correta a ideia<sup>209</sup> de que os direitos individuais de primeira geração/dimensão (como liberdade e propriedade) demandariam apenas uma postura abstencionista do Estado, sem qualquer tipo de impacto orçamentário, ao passo que somente os direitos sociais exigiriam prestações positivas a serem arcadas pelos recursos do erário.

Ademais, em virtude do risco de violação de direitos fundamentais por particulares, percebe-se que os direitos “de primeira geração” também possuem aspecto positivo, pois o Estado encarrega-se dos respectivos “deveres de proteção” para garantir o respeito a tais direitos, materializando-se na construção de um aparato coibidor de violações, composto por órgãos executivos de fiscalização, como os de segurança pública. Obviamente,

<sup>206</sup>LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>207</sup>MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006\\_dis\\_rcrmachado.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006_dis_rcrmachado.pdf)>, p 111. Acesso em: 12 set. 2018, p. 96.

<sup>208</sup>PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.

<sup>209</sup> “[...] a dicotomia aparente entre, por um lado, os direitos de primeira e segunda geração, isto é, direitos civis e políticos, que demandariam uma atitude abstencionista por parte do Estado – direitos de natureza negativa; e, por outro lado, os direitos da terceira geração, ou seja, direitos econômicos, sociais e culturais, que, contrariamente, demandariam uma atitude promotora do Estado – direitos de natureza positiva, [...] pode e deve ser superada pelo reconhecimento da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos fundamentais. LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. N. 28. Ano XXVIII. Curitiba, 1994-1995, p. 109-137, p. 119.

a implementação destes deveres de proteção possui custos, de modo algum insignificantes em comparação com os custos de implementação dos direitos prestacionais<sup>210</sup>.

Portanto, pode-se entender como o centro dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana, independentemente de qual geração (ou dimensão) estejam classificados, inexistindo predominância prévia e abstrata de direitos sociais sobre individuais<sup>211</sup>, de modo que o conflito entre direitos fundamentais será resolvido pela natureza da espécie normativa (regra ou princípio) que traz o respectivo direito fundamental em seu bojo.

O ponto nevrálgico da distinção entre princípios e regras é que os primeiros são normas definidas em mandamentos de otimização, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo ser satisfeitos em graus variados a depender do grau de colisão envolvido. De outra banda, as regras são mandamentos de definição, ou seja, normas que são sempre satisfeitas ou não, inexistindo uma distinção de grau, mas qualitativa, devendo-se cumprir exatamente o exigido.<sup>212</sup>

Porém, conforme advertido por Marcelo Neves, “A principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atuam como um estimulante de um ‘casuísmo’ descomprometido com a forma normativa da Constituição<sup>213</sup>”, devendo-se buscar parâmetros consensuais e aceitáveis para que o subjetivismo não reine como método de ponderação, sendo um exemplo para tanto a decomposição da proporcionalidade em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Deve-se partir da premissa de que pode haver ponderação em abstrato ou ponderação em concreto. A ponderação em abstrato seria aquela já efetivada pela legislação considerando os conflitos já identificados pela experiência, buscando produzir modelos ou

<sup>210</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pp. 72-73. Acesso em: 16 out. 2018.

<sup>211</sup> “(...) num sistema de proeminência da dignidade da pessoa humana, perde eficácia legítima a oposição entre o público e o privado... Exatamente por isso, não pode a natureza (qualidade) do interesse, se público ou privado, servir de critério geral e apriorístico para o fim de resolver conflito entre princípios. Os chamados direitos fundamentais do homem, como já aludido, constituem o substrato da tutela da dignidade da pessoa humana, consubstanciando princípios que, no entanto, ora têm em vista predominantemente a dimensão individual ora a dimensão social da pessoa, sem que uma e outra, possam em tese e abstratamente, ser relacionadas em termos de uma hierarquia lógica de preponderância”. NEGREIROS, Teresa. A dicotomia Público-Privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 343-381, p. 371.

<sup>212</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 90-91.

<sup>213</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 201.

parâmetros a serem aplicados em casos semelhantes. Diante de uma insuficiência dos modelos propostos pela ponderação em abstrato, face às particularidades do caso concreto, dever-se-á proceder a uma ponderação em concreto, desta vez levando-se em consideração os elementos específicos e diferenciadores da situação. A utilidade de uma ponderação prévia positivada pelo legislador e uma particular após a insuficiência da primeira reside no desenvolvimento de parâmetros ao aplicador que reduzem significativamente a subjetividade do processo ponderativo<sup>214</sup>.

Há de se buscar, portanto, o equilíbrio por ponderação, pois “se exacerbamos os direitos individuais em detrimento extremo dos sociais (por exemplo, negando a possibilidade de expropriar terras para realizar uma reforma agrária), estaremos desvirtuando o Estado de Bem-Estar”, ao passo que se enaltecemos “os direitos sociais em prejuízo excessivo e não razoável dos direitos individuais, estaremos violando o regime do Estado de Direito<sup>215</sup>”.

Tal qual já mencionado a respeito dos argumentos de supremacia e indisponibilidade do interesse público, não se pode, de maneira prévia e genérica, catalogar direitos fundamentais em níveis de importância de uns sobre outros, pois somente a ponderação diante das particularidades do caso concreto poderá revelar qual será o direito fundamental que prevalecerá diante do(s) relativizado(s).

## 5.2 Políticas públicas

Uma vez traçadas as linhas gerais acerca dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que a concretização de tais direitos (em particular dos direitos sociais, como os direitos relativos à educação, saúde e lazer), em nível de Administração (Poder Executivo), dá-se através da realização de políticas públicas.

É que, em um regime de separação de poderes, o Poder Executivo, a par do Poder Legislativo responsável pela produção legiferante, e do Poder Judiciário apto a gerar normas individualizadoras para os casos concretos, sagra-se constitucionalmente responsável pela gestão dos anseios da coletividade que representa, satisfazendo seus interesses mediante processos específicos, voltados à implementação de políticas públicas.

---

<sup>214</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto (Coord.). **A Nova Interpretação Constitucional** – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 118.

<sup>215</sup>GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de Direito Público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 78.

A despeito da ausência de qualquer definição precisa e isenta de críticas no que atine a “políticas públicas”, sua concepção deve perpassar não somente por noções materiais (bem da vida fornecido ou serviço prestado), mas também por concepções instrumentais (política pública como processo). Isso porque a noção de política pública não se insere em um padrão jurídico definido, haja vista seu objeto multiforme, dotado de grandes áreas de interseção com outros domínios científicos. Em verdade, inclina-se pelo afastamento de uma noção simplesmente teleológica de políticas públicas, focada praticamente em sua finalidade, para um enfoque mais processual, como programas de ação “destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto”<sup>216</sup>.

Segundo Maria das Graças Rua, “política consiste no conjunto de procedimentos formais e informais que expressam relações de poder e que se destinam à resolução pacífica de conflitos quanto a bens públicos”. A política pública, por sua vez, envolve o “conjunto de decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores”. Ainda à luz do pensamento da autora, há quatro fases em uma política pública: formulação, decisão, implementação e avaliação<sup>217</sup>.

Portanto, tem-se que políticas públicas são conjuntos de programas, projetos e atividades promovidas pelo Estado brasileiro, com o objetivo de ofertar bens e serviços públicos à população de modo a tornar efetivos os direitos fundamentais<sup>218</sup>.

Juarez Freitas, em artigo publicado pela Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (Revista NOMOS), tece os elementos caracterizadores das políticas públicas: “(a) são programas de Estado Constitucional (mais do que de governo); (b) são enunciadas e implementadas por vários atores políticos, especialmente pela Administração Pública e (c) são prioridades constitucionais cogentes”<sup>219</sup>.

Destarte, percebe-se que a realização de políticas públicas possui como escopo o atendimento das necessidades de uma coletividade, buscando atingir um bem comum ou um

<sup>216</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, in BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**, Ed. Saraiva, São Paulo, 2006, p. 22.

<sup>217</sup>RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria I. V. **O estudo da política: tópicos selecionados**. Brasília: Paralelo 15, 1998.

<sup>218</sup>VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 441-464, p. 459.

<sup>219</sup>FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista NOMOS**, v. 35, n. 1, jan-jun, 2015, p. 209.

interesse público específico, a depender de diversos fatores, tal qual conjuntura política, econômica, social, entre outros.

Porém, percebe-se que uma correta implantação de política pública dependerá do êxito de seu procedimento como um todo, uma sequência concatenada de atos que se mostrem, do ponto de vista jurídico-formal, regulares, para, ao fim, atingir seu resultado (efetividade) inicialmente projetado. Para tanto, referida regularidade deverá ser feita com a devida independência técnica, por servidores devidamente capacitados para uma correta análise jurídica.

Logo, para que o projeto constitucional alcance o seu grau máximo de efetividade, imprescindível a atuação dos três poderes — em primeiro lugar, deve atuar o Poder Legislativo, ao detalhar, por via da lei, a vontade constitucional; em seguida, deve o Poder Executivo dar cumprimento à referida legislação, cabendo-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc., sendo esse conjunto de atividades identificado como ‘políticas públicas’. Portanto, apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição e detalhados pelo legislador, principalmente no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais que dependam de prestações positivas para sua promoção<sup>220</sup>.

Em verdade, a característica principal de uma política deve ser verificada no impacto que causa no meio social, atingindo, por consequência, o plano da eficácia das normas jurídicas que a implementa. A principal característica de uma política pública é ser um programa de ação, ressaltando-se a eficácia social ou efetividade da norma em uma classificação kelseniana. Logo, o propósito de uma política pública, sob o ponto de vista jurídico, não se esgota na validade, isto é, na conformidade formal e material do seu texto normativo com o ordenamento jurídico que lhe dá sustento, mas alcançando os objetivos sociais (e devidamente quantificáveis) a que se propôs, obtendo resultados determinados em um intervalo de tempo definido, provocando a esperada mudança na realidade social sobre a qual incidiu<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165-185, p. 170.

<sup>221</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, in BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**, Ed. Saraiva, São Paulo, 2006, p. 43.

De qualquer sorte, para se estruturar qualquer acordo referente à implementação de uma política pública, o diagnóstico do problema que se busca resolver deve estar devidamente traçado, “tanto no que toca à sua natureza (causas, características, consequências, possíveis interações com outras políticas públicas), como no que tange à sua dimensão (universo de pessoas afetadas, tempo e recursos necessários para implementação de possíveis soluções, etc.)<sup>222</sup>”.

Infelizmente, rotineiro verificar a incompetência na adequada formulação da programação orçamentária<sup>223</sup> para as devidas políticas públicas, juntamente com a falta de visão política do administrador na justa percepção do enorme significado social de que se reveste uma política pública funcionalmente operável, mormente diante da concretização dos direitos fundamentais aos setores da sociedade que mais dela necessitam, comprometendo, inclusive, a eficiência das normas constitucionais<sup>224</sup>.

A ineficiência das normas constitucionais acarreta um problema estrutural definido por Marcelo Neves como “constitucionalização simbólica”, carecendo o texto constitucional de necessária e suficiente relevância jurídico-normativa, afetando as estruturas

<sup>222</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pp. 382-383. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>223</sup> “É necessário registrar que não encontramos na doutrina quem enfrentasse a problemática atinente à omissão na instituição de tributos constitucionalmente previstos conjugada ao fato de não se realizarem os deveres impostos ao Poder Público com relação aos direitos fundamentais. É o caso do Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto pelo artigo 153 de nossa Carta Constitucional e até o momento não instituído pela União. Ora, se a realização de direitos fundamentais depende de recursos orçamentários, se a Constituição institui competências destinadas à obtenção destes fundos e estas competências não são exercidas e diversos direitos fundamentais não são efetivados por insuficiência de recursos, cumpre indagar se não estaríamos aí diante de uma gravíssima omissão inconstitucional no dever de tributar para dar cumprimento às finalidades do Estado brasileiro. Reconhecida a existência de uma omissão inconstitucional, evidentemente, devem ser atribuídas consequências aptas a corrigir a violação”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 108. Acesso em: 16 out. 2018. Em complemento de raciocínio, traz-se posicionamento de Ricardo Lobo Torres: “A criação direta de imposto pelo Judiciário fere os princípios da separação de poderes, do federalismo e da intangibilidade dos direitos de terceiros, além de ser improdutiva, pela inexistência de vinculação entre imposto e despesa pública. Mas a ordem para que o Legislativo edite a lei necessária à apropriação dos recursos para a garantia dos direitos humanos, com a subsequente reformulação do orçamento, passa a ser vista como compatível com a separação de poderes e o federalismo, inserindo-se no novo contexto das relações entre o público e o privado, em que se torna inevitável o prejuízo e a responsabilidade dos mais ricos pela segurança dos direitos constitucionais dos mais pobres”. LOBO TORRES, Ricardo. O mandado de injunção e a legalidade financeira. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 187. Rio de Janeiro: Editora FGV, jan/mar 1992, p. 94-110, p. 104.

<sup>224</sup> Neste quadro, encaixa-se perfeitamente a célebre passagem de Ronald Dworkin: “If we cannot insist that the Government reach the right answers about the rights of its citizens, we can insist at least that it try. We can insist that it takes rights seriously, follow a coherent theory of what these rights are, and act consistently with its own professions”. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 186. Tradução livre: “Se não podemos insistir que o Governo chegue às respostas certas sobre os direitos dos seus cidadãos, podemos insistir pelo menos que ele tente. Podemos insistir que ele leve os direitos a sério, siga uma teoria coerente do que esses direitos são, e aja de forma coerente com seus próprios ofícios”.

fundamentais da Constituição, pondo a autonomia do Direito em xeque. Por consequência, inexistindo suficiente relevância normativo-jurídica dos textos constitucionais, compromete-se o direito como um sistema autônomo fundamentado na congruente generalização de expectativas normativas nas dimensões material, social e temporal<sup>225</sup>.

A constitucionalização simbólica, além de garantir uma hipertrofia da produção legiferante completamente dissociada da realidade, não se mostrando efetiva, contribui para a ineficiência administrativa, mantendo impune o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, bem como a incapacidade de gerir recursos públicos por aqueles constitucionalmente encarregados de tal ofício como expressão de representatividade da soberania popular.

### 5.2.1 *Ativismo judicial*

Não se desconhece que as políticas públicas não ostentam características estritamente jurídicas. Brotam, em verdade, de análises técnicas, com a necessária expertise de estudiosos do ramo (engenheiros, médicos, professores, assistentes sociais etc.). O estudo deverá ser feito de acordo com as necessidades e finalidades almejadas pela política pública a ser elaborada, possuindo a Administração Pública, de fato, verdadeira discricionariedade técnica no seu processo de elaboração<sup>226</sup>.

<sup>225</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 23.

<sup>226</sup> Em que pese o papel conferido constitucionalmente ao Poder Executivo no processo de implementação de políticas públicas, não se pode perder de vista o completo descaso que não raro toma conta de diversas gestões governamentais, completamente dissociadas de seu papel institucional, provocando o ativismo judicial como medida extrema a ser tomada para remediar o efeito nocivo dos desmandos antirrepublicanos. Nesse sentido: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com



Há de se perceber que a legitimidade deferida pelo sufrágio popular garante ao Poder Executivo e ao Legislativo a prerrogativa, observadas as competências constitucionais nos respectivos níveis federativos, da definição das políticas públicas a serem implementadas pela Administração, conforme venham a ser fixadas em lei ou outros atos normativos válidos no sistema constitucional brasileiro. Estes, por sua vez, quando editados, informam ao administrador o interesse público que deve ser por ele perseguido na implantação das ações sob sua atribuição<sup>227</sup>.

O ativismo judicial pode ser apontado como um dos fatores responsáveis pela proliferação de ações judiciais com as mais diversas teses contrárias ao ente público, pois, em uma verdadeira jurisprudência lotérica, tais “aventuras” judiciais têm o condão de render frutos, contribuindo para uma maior massificação das demandas. Nada obstante, esse é apenas o aspecto pernicioso de um ativismo desmedido, não se negando que o Estado seja muitas vezes considerado violador de direitos fundamentais e, desse modo, necessite de uma intervenção judicial<sup>228</sup>.

Há sempre o receio de um ativismo judicial desmedido, conferindo ao Judiciário ingerência sobre as atribuições constitucionalmente asseguradas a outros poderes:

De um lado, colocam-se como desvantagens institucionais do Poder Judiciário a sua falta de legitimidade democrática (seus integrantes não chegam ao poder por escolha popular), a ausência de responsabilidade política (seus membros não são avaliados por suas escolhas, ao final de seu mandato, porque são vitalícios), a falta de conhecimentos técnicos necessários para a efetivação dos direitos envolvidos, bem como a falta de visão do todo (acesso ao Judiciário é relativamente restrito, de modo que as informações são sempre incompletas), necessária para a eleição de prioridades e, ainda, a impossibilidade de calcular o impacto (especialmente financeiro) de suas decisões, até por conta da formação dos magistrados, que é tradicionalmente voltada para a solução do caso individual e para a avaliação do passado, apenas<sup>229</sup>.

---

apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 AgR- Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgamento: 22/11/2005. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 12 set. 2018.

<sup>227</sup>FREITAS, Marcelo de Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a defesa das políticas e do interesse públicos a cargo da Administração indireta. **Revista da AGU**. Brasília, v. 7, n. 17, p. 9-24, jul./set., 2008, p. 14.

<sup>228</sup>CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: < [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 66 Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>229</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em

Em verdade, o ativismo judicial desenfreado carrega em seu bojo o déficit democrático sobre escolhas que deveriam ser políticas, carecendo, portanto, de legitimidade. Logo, “ao Poder Judiciário não caberá dar soluções prontas, mas deverá promover e construir as soluções juntamente com as partes, ou seja, juntamente com os poderes públicos e os representantes da sociedade e tornar obrigatória a efetivação da solução construída<sup>230</sup>.”

Ademais, há de se respeitar, como limites à intervenção judicial, a demonstrada reserva do possível fática (ausência de recursos financeiros) e jurídica (autorização orçamentária legalmente definida). Diz-se “demonstrada” pois, consoante afirma Sandoval Alves da Silva, o ônus da prova da insuficiência dos recursos orçamentários é do Poder Público, não podendo a alegação da teoria da reserva do possível (ou de impossibilidade de cumprimento da decisão judicial) ser formulada de forma infundada ou temerária, “cabendo ao Poder Público a comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes, além de respeitar os limites do mínimo existencial<sup>231</sup>”.

### ***5.2.2 Importância da Advocacia Pública no processo de políticas públicas***

O ofício da Advocacia Pública perpassa também por compreender e auxiliar no desenvolvimento da política pública que se deseja implementar, estabelecendo os mecanismos que viabilizem sua realização, como na elaboração de propostas de emenda constitucional e de projetos de lei, de atos consultivos (elaboração de pareceres, como verificado alhures), bem como sua participação na solução consensual de conflitos.

Mais especificamente, quando se fala em um comportamento proativo da Advocacia Pública<sup>232</sup>, lembra-se de sua contribuição no desenvolvimento de políticas

---

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 81. Acesso em: 16 out. 2018.

<sup>230</sup>JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Jus Podium, 2008, p. 167.

<sup>231</sup>SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais**: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007, p. 192.

<sup>232</sup> “Poder-se-ia ainda levantar, em favor da estratégia de ganho financeiro por parte do Estado, que os valores poupados (em virtude da não adoção administrativa dos precedentes obrigatórios) seriam revertidos à sociedade na consecução de políticas públicas. Ora, nenhuma política pública, por mais importante que seja, justifica o não cumprimento dos deveres do Estado perante seus administrados. Os fins não justificam os meios. Por fim, a defesa de um interesse econômico da Administração também não legitimaria a prática, pois, cedo ou tarde, o cumprimento das obrigações viria. E as dívidas seriam pagas com juros e correção monetária. Não teria então havido benefícios financeiros ao Estado ou à sociedade. O único beneficiário da falida estratégia de judicializar potenciais derrotas judiciais teria sido o grupo político detentor de mandato, que contaria com maior disponibilidade orçamentária imediata”. CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: <

públicas, cujo fundamento mediato, ou “o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais — aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado<sup>233</sup>”. Em complemento, Nagibe de Melo Jorge Neto, afirma que “todo direito fundamental exige a intervenção estatal, a implementação de políticas públicas e o gasto público para que seja minimamente observado<sup>234</sup>”, pois, “a medida de cada direito fundamental é definida em grande parte pelo montante de recursos orçamentários investidos na sua promoção e garantia<sup>235</sup>”.

A comprovar a diversidade de políticas públicas que podem ser levadas a cabo ou desenvolvidas com o auxílio de uma Advocacia Pública bem estruturada, há até mesmo exemplo de atuação da advocacia de Estado nas políticas públicas de prevenção do assédio moral no âmbito da Administração.

Em tais casos, o respeito e o exercício das próprias prerrogativas dos Procuradores devem se fazer presentes como primeira frente de atuação, pois são suscetíveis, em virtude do exercício de sua função, de sofrer assédio moral por parte de autoridades da estrutura do governo. Ademais, a segunda frente de atuação do Advogado Público contra o assédio moral pode ocorrer mediante sua participação em campanhas educativas no âmbito administrativo, abordando seu enfoque jurídico e as medidas que podem ser adotadas pelas vítimas. Por fim, o Advogado Público deve atuar proativamente, auxiliando juridicamente os servidores, inclusive representando ao Ministério Público sempre que tiver notícia ou ciência de eventual ocorrência de assédio no serviço público, sem prejuízo das apurações disciplinares internas<sup>236</sup>.

A importância da Advocacia Pública fica ainda mais evidente quando se percebe que o êxito de uma política pública relaciona-se com a análise de qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa, devendo conter em seu bojo todas as informações sobre a realidade social que se pretende transformar, sendo acompanhado por servidores públicos com a devida capacitação técnica, culminando na

---

[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 68 Acesso em: 19 ago. 2018, p. 157.

<sup>233</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, número 133, p. 89-98, jan/mar 1997, p. 90.

<sup>234</sup>JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podium, 2008, p. 40.

<sup>235</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 95. Acesso em: 24 out. 2018.

<sup>236</sup>CRUZ, Luiz Guilherme de Oliveira Maia. Atuação da advocacia de Estado nas políticas públicas de prevenção do assédio moral no âmbito da administração. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 08, nº. 03, pp. 2020-2043, 2015, p. 2039.

solução dos problemas trazidos, determinando, no plano fático, os resultados de uma política pública como instrumento de desenvolvimento<sup>237</sup>.

O êxito de uma política pública, contudo, é dificultado por vários fatores, como a falta de estrutura adequada da Advocacia Pública (situação decorrente da falta de investimentos e da desvalorização — funcional e remuneratória — de seus membros), o engessamento da (pouca) autonomia conferida a seus agentes, a visão da Advocacia Pública ainda como mera advocacia de governo (e não de Estado) e, principalmente, a compreensão desatualizada — desconstitucionalizada — do Direito Administrativo<sup>238</sup>.

Mas, em termos práticos, como ocorre essa atuação da Advocacia Pública no auxílio do Poder Executivo para viabilizar um plano político? César do Vale Kirsch<sup>239</sup>, dando como exemplo a Advocacia-Geral da União, tece uma série de exemplos:

No plano interno, a AGU pode elaborar, por exemplo, minuta de projeto de lei que o Executivo irá encaminhar ao Congresso Nacional; poderá preparar, também, em caso de relevância e de urgência, proposta de Medida Provisória a ser editada pelo Presidente da República; demonstrar as razões de veto de projeto de lei; minutar atos normativos de hierarquia inferior à lei (decreto, portaria etc.), para desenvolver política em andamento; examinar projetos de emenda constitucional; prestar esclarecimentos jurídicos a Deputados e Senadores, quando em audiência no Parlamento; analisar licitações e contratos; atuar em juízo protocolizando ações, contestações, recursos...

Enfim, é atribuição constitucional da AGU compatibilizar a política pública com o ordenamento jurídico, conferindo juridicidade aos atos do administrador público. Ou seja, não se trata de viabilizar de qualquer jeito a pretensão do governante, mas compatibilizá-la estritamente com as normas e princípios vigentes no sistema jurídico nacional. Será responsável pela blindagem jurídica do plano proposto, elaborando o invólucro adequado e seguro aos fins objetivados pelo governo, sendo irrelevante a sigla partidária do gestor de plantão, pois a AGU é um órgão técnico, constitucionalmente independente, comprometido com o ordenamento jurídico, com a defesa do erário e com a viabilização de políticas públicas.

Por tal medida, tem-se que os Advogados Públicos, quando promovem, sobretudo no âmbito consultivo, a concretização do direito positivo frente às análises que lhes são dirigidas por particulares e pela própria Administração, exercem atividade normativa concreta

<sup>237</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, número 133, p. 89-98, jan/mar 1997, p. 90.

<sup>238</sup> CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil — Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. **A&C — Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 225-251, abr./jun. 2016, p. 244.

<sup>239</sup> KIRSCH, César do Vale. A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 395-422, p. 404.

correlata àquela desenvolvida pelos membros do Poder Judiciário, guardados, evidentemente, os escopos e eficácias peculiares de uma e outra atuação profissional<sup>240</sup>.

Inevitável, portanto, a aproximação jurídica juntamente às áreas finalísticas dos órgãos para que os fundamentos das políticas públicas sejam compreendidos, em uma verdadeira cultura de diálogo entre o Direito e as outras áreas do conhecimento. Portanto, “há que se afastar o mito de que, de um lado, para os gestores, os advogados públicos são formalistas em excesso e impedem a execução das políticas públicas<sup>241</sup>”; e, de outro, para os advogados públicos, importa pôr de lado a ideia de que somente os técnicos do Direito detêm o monopólio da virtude e da moralidade pública.

Em processos nos quais se analisam questões relacionadas ao conteúdo e execução de políticas públicas, torna-se crucial incluir na solução consensual, ou seja, na construção e implementação de um acordo fundamentado na proteção de todos os interesses legítimos envolvidos, com respeito à ordem jurídica, os seguintes atores:

[...] a) o Ministério Público, como autêntico representante da coletividade; b) a Defensoria Pública, como representante das pessoas carentes, cujos interesses são prioritários em matéria de políticas públicas; c) todos os entes, na esfera do Poder Executivo, que detenham competência para atuar na matéria, incluindo-se notadamente agentes públicos com competência técnica na matéria, além de advogados públicos de cada ente; d) representantes do Poder Legislativo, tendo em vista possíveis repercussões orçamentárias e eventuais necessidades de alterações normativas, inclusive em razão de possíveis inconstitucionalidades por ação ou por omissão; e) entidades representativas de setores afetados pelas políticas públicas; f) representantes de titulares de direitos individuais homogêneos envolvidos no conflito; g) entes privados que tenham responsabilidades relacionadas ao conflito; h) instituições acadêmicas e de pesquisa que detenham notórios conhecimentos sobre a matéria envolvida no litígio<sup>242</sup>.

Ademais, o Poder Público está atrelado ao orçamento (que possui natureza jurídica de lei em sentido formal) e suas limitações, sendo imprescindível “que haja uma previsão anual dos custos a serem suportados, de maneira que não haja interrupção de tais

<sup>240</sup>COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no estado democrático constitucional brasileiro. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009, p. 14. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62506>>, p. 14. Acesso em: 23 jan. 2018.

<sup>241</sup>VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 441-464, p. 463.

<sup>242</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pp. 372-373. Acesso em: 18 out. 2018.

políticas. Ademais, a máquina estatal é dispendiosa, e os custos com a mesma devem estar garantidos, de maneira que o planejamento estratégico das despesas anuais é cogente<sup>243</sup>.

Porém, a maneira de o Advogado Público portar-se, conforme suas convicções pessoais, em contradição à política pública adotada, deve ser evitada, pois, não verificados desvios éticos ou institucionais, há presunção de legitimidade advinda da manifestação da vontade popular que elegeu o governo responsável por sua implantação.

E não poderia ser diferente, pois, em uma sociedade na qual se elegem governantes democraticamente, as políticas públicas adotadas por estes externam (ou, ao menos, deveriam externar) as satisfações sociais daqueles que exerceram seu direito de voto como mecanismo de soberania representativa. Não se ignoram os desvios éticos e desmandos que podem ser levados a cabo por representantes eleitos, mas se enfatiza que, se a atuação dos governantes restringir-se aos estritos limites da legalidade, com o grau de conveniência e oportunidade próprio de uma discricionariedade administrativa, a orientação dos advogados públicos deve partir da premissa de que a vontade popular está reconhecida nas opções legislativas e governamentais eleitas, não lhe cabendo um questionamento ou juízo de valor sobre as políticas públicas quando já satisfeitos os parâmetros legais. Em outras palavras, estando as opções de políticas públicas elencadas pelos representantes eleitos em conformidade com a ordem jurídica, é dever do Advogado Público a defesa de tais políticas, inclusive em sede judicial, como preservação da vontade popular<sup>244</sup>.

Compete, destarte, ao Advogado de Estado, no desempenho apropriado desse dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhar, persuadir e induzir os agentes políticos no sentido de adotarem, invariavelmente, todas as providências, normativas ou concretas, que se destinem à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos, sempre que se apresentem as ocasiões concretas de fazê-lo, dentro ou fora de processo judicial ou administrativo sob seus cuidados<sup>245</sup>, sem prejuízo de o advogado consultivo, sempre que houver possibilidade jurídica, apontar as diversas alternativas juridicamente aceitáveis para

---

<sup>243</sup>CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>, p. 106. Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>244</sup>CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 38.

<sup>245</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23-52, p. 44.

viabilizar as políticas públicas, notadamente quando aquela inicialmente proposta pelo administrador público não se configurar como tal<sup>246</sup>.

### **5.3 Efetivação dos direitos fundamentais por intermédio da atuação da Advocacia Pública na solução consensual de conflitos**

A verdadeira missão da Advocacia Pública, mormente a consultiva, é conferir segurança jurídica às políticas públicas do Governo, já que essas são a materialização das promessas de campanha, escolhidas pela população, pelo voto direto, no âmbito do Estado Democrático de Direito. Garantindo que as políticas públicas formuladas no âmbito do Poder Executivo estejam em consonância com o ordenamento jurídico, viabiliza-se a responsabilização do administrador público pelos seus atos, na medida em que ele não se poderá valer de uma suposta eficiência no atendimento das demandas sociais para deixar de obedecer à lei e à Constituição<sup>247</sup>.

Conferir segurança jurídica significa, tendo como fundamento o ordenamento jurídico-constitucional, apontar as melhores alternativas, ou as alternativas possíveis, que levarão à concretização dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente a todos os cidadãos brasileiros. Porém, a colisão entre direitos fundamentais (geralmente na conciliação entre aqueles objeto de tutela social e aqueles defendidos institucionalmente pelo ente público) não é rara, devendo ser proposto um método de ponderação<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165-185, p. 179.

<sup>247</sup> MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 465-483, p. 472-473.

<sup>248</sup> “Dada a maior complexidade que envolve os conflitos coletivos, quais sejam, aqueles trazidos a juízo em ações populares, ações civis públicas ou outras ações coletivas, seja pelo fato de que atingem uma pluralidade de titulares de direitos no polo ativo e, normalmente, no polo passivo, podem envolver mais de um órgão público que tenha competência na proteção destes direitos (algumas vezes de mais de uma esfera da Federação), seja pelo fato de que muitos destes conflitos são multifacetados, envolvendo direitos fundamentais que estão em conflito com outros direitos também de natureza fundamental, coloca-se como absolutamente desafiadora para o Poder Judiciário a perspectiva de realizar a sua adequada ponderação obtendo uma solução que seja ao mesmo tempo viável e juridicamente aceitável. Em razão de seu potencial para gerar um diálogo que propicie o esclarecimento de interesses convergentes e divergentes, e a exploração de soluções que atendam a todos os interesses legítimos, a mediação se afigura, assim, como o instrumento apropriado para a busca de uma solução que, além de preencher os requisitos jurídicos cabíveis, seja efetivamente construída e aceita por todos os envolvidos”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em

Como critério de ponderação apto a solucionar possíveis conflitos entre direitos fundamentais, um método objetivo, que leve em consideração dimensões qualitativa e quantitativa do conflito, pode ser adotado, consistindo na verificação de quais os direitos fundamentais em colisão, em que medida será cada um dos direitos afetados e qual o número de pessoas atingidas em caso de prevalência de cada um dos direitos<sup>249</sup>.

Uma das grandes maneiras de se tutelar juridicamente os direitos fundamentais dá-se através da positivação prevista no artigo 33, parágrafo único, da Lei 13.140/15, segundo o qual “a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos<sup>250</sup>”.

Defende-se a criação de “câmaras técnicas”, especializadas nas mais variadas temáticas de interesse da Administração, encarregadas de verificar a presença de posicionamentos conflitantes nos órgãos de Advocacia Pública onde atuam, buscando, a partir de debates a envolver, inclusive atores externos, como representantes da sociedade ou especialistas no assunto, conclusões juridicamente coerentes e uniformizadas<sup>251</sup>. A esse respeito, Rogério Emílio de Andrade<sup>252</sup> elenca diversos exemplos de atuação da Câmara de Conciliação da AGU:

Os casos de atuação da Câmara de conciliação da AGU são dos mais variados tipos. Abaixo são elencados alguns deles: i) pendências acerca de salas comerciais no Rio de Janeiro envolvendo INSS e Ministério da Fazenda; ii) conflito entre a INFRAERO, responsável pelos aeroportos brasileiros e a Universidade Federal de

---

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 353. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>249</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 93. Acesso em: 16 out. 2018.

<sup>250</sup> “A título de curiosidade sobre as potencialidades de utilização da mediação no âmbito da administração pública para solucionar controvérsias de relevância coletiva, insta registrar o trabalho realizado pelo mediador e escritor William Ury, cofundador do Programa de Harvard em Negociação e um dos principais especialistas do mundo em negociação e mediação. Entre suas conquistas como mediador na área pública estão o fim da guerra da Indonésia e o impedimento de uma na Venezuela, além de resolução de questões climáticas, religiosas, étnicas e empresariais, demonstrando a imensa possibilidade de aplicação da mediação no campo da administração pública”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral. Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 463-484, 2016, p. 467.

<sup>251</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 87-127, p. 123.

<sup>252</sup> ANDRADE, Rogério Emílio de. Articulação jurídica das estruturas coletivas de gestão administrativa. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 196.



Alagoas, devido a danos, alegados por esta, causados a cargas em aeroportos; iii) conflito entre a FUNASA e o Ministério da Fazenda em razão de contribuições devidas ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP); iv) conflito entre IBAMA e FUNAI em decorrência da ocupação de parte do Parque Nacional do Iguaçu pelos índios Avá-Guarani que tradicionalmente ocupavam áreas alagadas pela Usina Hidroelétrica de Itaipu; v) conflito entre DNIT e IBAMA acerca da construção de estradas em áreas florestais ou parques; vi) conflito entre Ministério dos Transportes e Agência Nacional de Transportes Aquaviários, relacionado à cobrança de taxas de transporte e armazenagem em recintos portuários, que foi resolvido por meio do Parecer AGU nº AC – 05; vii) conflito entre Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, relacionado à competência para análise de processos de fusão e concentração bancária, solucionado por meio do Parecer AGU nº GM – 020.

Nada obstante, há que se ressaltar que tais Câmaras de Conciliação não simbolizam a cura para todos os males, mas sim uma ferramenta de apoio na reestruturação administrativa pela adoção de soluções alternativas de controvérsias. De igual modo, forçoso reconhecer que, muito embora durante as conversações, seja possível já identificar a solução mais apta com o conhecimento disponível no momento, a realização de avaliações da eficácia, ou seja, de verificação do ajustado, não só pode como deve ser acordada<sup>253</sup>.

A efetividade de acordos gerados em processos conciliatórios é verificada principalmente em lides previdenciárias a envolver o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos quais se consegue economizar cifras milionárias aos cofres públicos sem descurar dos direitos fundamentais a que fazem jus os segurados. A título exemplificativo, em notícia retirada de sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União, tem-se que a autarquia previdenciária participou de mutirão previdenciário em Irecê (BA), onde foram realizadas 1.490 audiências e efetuados acordos em 880 processos previdenciários, resultando as conciliações na economia de R\$ 2,6 milhões aos cofres do INSS, referentes a juros e correção monetária que deixaram de ser pagos em processos que continuariam tramitando com jurisprudência desfavorável à autarquia previdenciária. Percebe-se que a atuação da autarquia federal centrou-se na celebração de acordos com segurados que preenchiam os requisitos legais para receber os benefícios pleiteados judicialmente, sendo praticamente nula a chance de êxito da Administração ao fim dos litígios<sup>254</sup>.

<sup>253</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 401.

Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>254</sup>Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/567392](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/567392)>. Acesso em: 19 out. 2018. Outras notícias similares podem ser verificadas, como, por exemplo: “A Procuradoria Seccional Federal em Canoas (PSF/CAN) e a Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (PFE/INSS), juntamente com a Justiça Federal, realizaram, no mês de junho de 2012, Mutirão de Conciliação para efetivação dos acordos em processos envolvendo pedidos de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. Nesse mutirão, realizado na Subseção Judiciária de Gravataí, foram realizadas as 44 audiências previstas, sendo

No âmbito dos litígios coletivos, traz-se exemplo de conflito complexo a envolver populações indígenas no Ceará e o DNOCS (Depto. Nacional de Obras contra as Secas), pois este pretendia desenvolver projeto de irrigação em terras possivelmente indígenas. No caso, havia uma ação de reintegração de posse tramitando em juízo, proposta pelo DNOCS contra o antigo proprietário de um imóvel que havia sido desapropriado no local. Porém, o ex-proprietário, após ter recebido a indenização pela intervenção em sua propriedade, declarou-se indígena e se recusou a desocupar a área, que seria tradicionalmente ocupada por índios. Intervendo a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), esta constatou que parte da área onde o DNOCS pretendia implementar o projeto era efetivamente de território de ocupação indígena, havendo estudos em andamento para providenciar a demarcação. Desta forma, em virtude do acordo celebrado, liberaram-se para utilização do DNOCS as terras que já se sabia não serem de ocupação indígena, comprometendo-se a FUNAI a indenizar o DNOCS pelas benfeitorias já realizadas em imóveis que viessem a ser efetivamente demarcados como terra indígena.<sup>255</sup>

Em verdade, os embates judiciais de políticas públicas referentes a direitos fundamentais ocorrem preferencialmente em ações coletivas, tal qual na área ambiental, sendo notório que um acidente envolvendo poluição de um curso d'água, por exemplo, atingirá não só o direito difuso a um ambiente sadio e equilibrado, provocando lesões individuais distintas

---

possível o acordo em todos os processos, totalizando o montante de R\$ 233.826,96 (duzentos e trinta três mil, oitocentos e vinte seis reais e noventa e oito centavos), resultando em uma economia aos cofres públicos de R\$ 35.073,85 (trinta e cinco mil, setenta e três reais e oitenta e cinco centavos). O Procurador Federal Juliano De Angelis, responsável pela Procuradoria Seccional Federal em Canoas, acompanhou as audiências na representação da autarquia federal, afirmando que ‘representa medida que dá plena aplicação aos princípios constitucionais da eficiência e da celeridade processual’”. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/noticia/mutirao-de-conciliacao-obtem-100-de-acordos-em-processos-contr-o-inss>>.

Acesso em: 19 out. 2018. A participação dos agentes públicos “(...) compreende não apenas a ação direta nas audiências dos Procuradores Federais e servidores do INSS - que atuam como Prepostos (representantes) do Instituto em juízo -, mas também a realização de estudo prévio dos processos judiciais a serem instruídos e julgados nesses eventos. Para a correta análise de cada caso concreto, é necessária a juntada prévia do processo administrativo que indeferiu o benefício previdenciário ou assistencial vindicado e a análise dos dados do autor junto à Previdência Social. Os principais beneficiados com a resolução consensual das lides previdenciárias e assistenciais são os segurados do RGPS e os desamparados sociais, que recebem o benefício postulado em menor tempo. De outra parte, a conciliação também traz ganhos para o erário previdenciário, que economiza recursos deixando de pagar juros, custas processuais e honorários advocatícios”. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/noticia/psf-pgf-sobral-e-19-vara-federal-ce-jef-sobral-realizam-mutirao-de-conciliacao-e-obtem-87-70-de-resolucao-consensual-dos-919-processos-analisados-nas-audiencias>>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>255</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 314. Acesso em: 16 out. 2018.

àqueles que venham a adoecer ou mesmo a falecer em razão de consumo ou utilização daquela água poluída, o que configuraria violação a direitos individuais homogêneos<sup>256</sup>.

Ainda referente a soluções consensuais em matéria ambiental, é possível a colisão de direitos fundamentais em sede de licenciamento, em que estão em jogo diferentes direitos fundamentais, como o direito à proteção ambiental e o direito ao desenvolvimento econômico, ou o direito de propriedade e o direito da coletividade a um meio ambiente urbano ordenado. Destarte, o processo de ponderação de interesses e direitos a ser realizada pela Administração em sede de licenciamento ambiental pode ostentar uma complexidade tão significativa que se torne recomendável o uso de mecanismos que favoreçam a construção de uma solução consensual, sem descurar de amplo estudo técnico apto a subsidiar a manifestação do empreendedor e da comunidade afetada<sup>257</sup>.

De igual sorte, é possível, inclusive, a fim de se efetivar os direitos fundamentais entre os atores do Poder Público, primando-se ainda pela eficiência e celeridade, a celebração de “protocolos institucionais” (negócios processuais entre instituições), para abreviar a morosidade da marcha processual mediante adequações procedimentais. Por exemplo, poderia uma Procuradoria de Estado ou de um Município celebrar um protocolo institucional com a Defensoria Pública, de tal forma que, nas demandas referentes a prestações de saúde, a Defensoria apresente, como prova documental, o laudo médico que informa a doença do assistido e o tratamento necessário atestado em hospital público, evitando discussões quanto a uma eventual inconsistência de um laudo médico particular como prova unilateral<sup>258</sup>.

Em que pese a celebração de acordos, por parte da Advocacia Pública, ser inclusive estimulada pelo ordenamento jurídico, há que se delimitar os limites para tanto, a começar pelas imposições constitucionais. Como exemplo, é proibido ao ente público, ainda que com a anuência da contraparte, dispor da sistemática de pagamento por precatório, haja vista ser disposição constitucional que, ao mesmo tempo em que é prerrogativa da Fazenda Pública, garante a isonomia no pagamento de seus credores judiciais. Eventual afastamento do regime em referência implicaria preterição e quebra da isonomia diante dos credores que,

<sup>256</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 66. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>257</sup>SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 273. Acesso em 21 out. 2018.

<sup>258</sup>RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 382

ávidos pela satisfação de sua pretensão face ao Estado, esperam na longa fila judicial dos precatórios.

### *5.3.1 Agências Reguladoras e a efetivação dos direitos fundamentais nas soluções autocompositivas*

Não se pode desconsiderar, no que diz respeito à efetividade dos direitos fundamentais pela Advocacia Pública em soluções consensuais de conflitos, o papel das Agências Reguladoras<sup>259</sup>, autarquias sob regime especial, as quais, por serem dotadas de autonomia e discricionariedade técnica, podem atuar como mediadoras nos conflitos:

Os meios consensuais de solução de conflitos tanto podem ser utilizados quando um dos envolvidos no conflito é um ente público e o outro é um particular, como é muito comum ocorrer nos processos de fiscalização e licenciamento, como nos processos envolvendo a reparação de danos decorrentes da lesão a bens de interesse público. Podem ser utilizados também nas situações em que estão envolvidos no conflito, que pode vir a ensejar a atuação fiscalizatória do ente público, usuário e prestador de serviços de natureza privada, como é típico no procedimento administrativo desencadeado nas agências reguladoras a partir das reclamações de usuários. Ressalte-se que, nessa última hipótese, quando não ficar caracterizada a violação de norma apta a desencadear o exercício do poder de polícia, o próprio ente público regulador pode atuar como mediador do conflito<sup>260</sup>.

Logo, no âmbito das agências reguladoras, é comum a previsão de utilização de meios consensuais para solução de conflitos entre usuários e concessionárias prestadores de serviços<sup>261</sup>, pois, muito embora aquelas possam atuar munidas de poder de polícia, em muitas

<sup>259</sup> “a agência utiliza meios consensuais de solução de conflitos em quatro frentes: a) o sistema de mediação de conflitos propriamente dito; b) a elaboração de atos normativos ou de contratos-padrão para determinados serviços, que se dá de forma dialogada e participativa com os entes regulados quando se trata de normas de grande impacto ou de contratos com cláusulas que ensejam grande divergência; c) a solução de conflitos entre usuários e entes regulados; d) a recomendação de celebração de termos de ajustamento de conduta no curso de processo de apuração de infração administrativa”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 477. Acesso em: 22 out. 2018.

<sup>260</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 230. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>261</sup> “Na atuação das agências reguladoras como mediadoras, destacamos uma grande oportunidade nas reclamações de usuários contra os delegatários dos serviços públicos, sendo fundamental uma atuação ágil e adequada dos reguladores na solução desses litígios [...] fica evidenciada a vocação natural do regulador para atuar como mediador de conflitos e é certo que, dentro do conceito de autonomia funcional e administrativa e de equidistância de interesses e, portanto, de imparcialidade em que deve se pautar a atuação do regulador, a solução de conflitos por meio do instituto da mediação é um meio adequado de atuar das agências reguladoras”. JUNQUEIRA, Kátia Valverde. *Mediação – instrumento eficaz para a eficiência regulatória*. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**. Belo Horizonte, ano 9, n. 102, ago. 2009, p. 02.

situações isso não ocorre, estando a concessionária numa posição de equidistância em relação às partes, propiciando à Agência uma condição ideal para resolver tais conflitos<sup>262</sup>.

A par da relevante atuação das agências reguladoras na mediação de conflitos sociais entre Poder Público, as entidades reguladas e os usuários, aquelas também atuam diretamente na geração de mudanças sociais concretas, como no auxílio na implementação de políticas públicas e do respectivo controle social, mediante participação da sociedade em suas decisões, através de audiências e consultas públicas<sup>263</sup>.

Um exemplo de modificação social é verificado mediante a assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's), nos quais os atores envolvidos se dispõem a proceder de acordo com os termos estabelecidos no título<sup>264</sup>, tal qual ocorrera, inclusive, com a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará –ARCE, fruto do Projeto “Abraço Jeri”<sup>265</sup>, firmando-se o TAC no dia 03 de setembro de 2018, com a devida análise de sua Procuradoria Jurídica, em virtude do alto número de estabelecimentos não interligados à rede de esgoto no Município de Jijoca de Jericoacorara(CE), tendo sido diagnosticado o uso inadequado e descontrolado de águas subterrâneas na comunidade, bem

<sup>262</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 240. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>263</sup> CARVALHO, Ivo César Barreto de. O papel das agências reguladoras como propulsoras de mudança social. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade Federal Do Ceará, v. 34, p. 173-196, 2013, p. 181.

<sup>264</sup> Em nível federal, a Lei nº 9.469/97 traz requisitos que devem compor o TAC celebrado: “Art. 4º-A. O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter: I - a descrição das obrigações assumidas; II - o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações; III - a forma de fiscalização da sua observância; IV - os fundamentos de fato e de direito; e V - a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento. Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração.” BRASIL. **Lei n. 9.469**, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9469.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

<sup>265</sup> “Em hipóteses como estas, o diálogo entre o ente fiscalizador e o particular fiscalizado pode e deve se iniciar no âmbito do esclarecimento das controvérsias fáticas e científicas envolvidas, seja para escolher o(s) especialista(s) que emitirão um parecer ou levantarão os dados pertinentes, seja no que diz respeito à metodologia empregada para tal fim, seja ainda, evidentemente, na definição dos dados relevantes a serem apurados e/ou avaliados. Em outros casos, ainda, a dificuldade é de fácil solução sob o aspecto técnico, porém a sua viabilização econômica pelo particular requer algum fôlego, em especial quando se trata de norma ambiental recente e de empreendimentos sensíveis sob o ponto de vista social. O que todas estas diferentes circunstâncias apresentam em comum é a imperiosa necessidade de construção de uma solução adequada na qual colaborem entes públicos, particulares envolvidos em possível risco ou dano ambiental e a comunidade afetada”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos.** Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 232. Acesso em: 21 out. 2018.

como a ocupação irregular do solo e o desrespeito às normas pertinentes ao licenciamento ambiental<sup>266</sup>.

Percebe-se nas Agências Reguladoras, além de um campo fértil para a utilização de meios consensuais na tomada de decisões em espaços públicos entre seus regulados, também a possibilidade de elaboração de atos normativos regulamentadores com subsídios na participação de concessionários, permissionários e usuários, seja pela realização de audiências públicas, seja pela oportunidade que se abre para apresentar comentários a minutas de normas, como manifestação da discricionariedade técnica de seu poder normativo técnico.

Por fim, outra ferramenta de apoio para uma solução consensual de conflitos (não exclusiva das Agências Reguladoras, mas por ela muito utilizada), é a Ouvidoria<sup>267</sup>, nome que se dá, no Brasil, ao instituto internacionalmente conhecido como “ombudsman”<sup>268</sup> que, tradicionalmente, é entendido como “um instituto do direito administrativo de natureza unipessoal e não contenciosa, funcionalmente autônomo e formalmente vinculado ao

---

<sup>266</sup> “Na manhã desta segunda-feira (3), a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (Arce) e representantes de oito entidades públicas assinaram Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) para a realização de ações conjuntas destinadas à resolução de irregularidades constatadas nos serviços de saneamento básico e recursos hídricos, no âmbito do Município de Jijoca de Jericoacoara – CE, e que podem ensejar riscos de colapso hídrico e graves degradações ambientais na região. A assinatura do documento, que aconteceu na sede da sede da Arce, é fruto do projeto ‘Abraço Jeri e Cuido do Meio Ambiente’, iniciado em fevereiro de 2018.

O TAC terá vigência de cinco anos, a partir de sua publicação, sendo seus signatários Promotoria de Justiça de Jijoca de Jericoacoara, Prefeitura de Jijoca de Jericoacoara, Companhia de Água e Esgoto do Ceará (Cagece), Companhia de Gestão dos Recursos Hídricos (Cogerh), Secretaria do Meio Ambiente (Sema), Superintendência Estadual do Meio Ambiente (Semace), Secretaria dos Recursos Hídricos (SRH) e Secretaria das Cidades (Scidades), além da própria Arce. A Agência Reguladora alerta para a necessidade da ação, em virtude do alto número de estabelecimentos não interligados à rede de esgoto. Foi diagnosticado o uso inadequado e descontrolado de águas subterrâneas na comunidade, ocupação irregular do solo e desrespeito às normas pertinentes ao licenciamento ambiental.” Disponível em <http://abar.org.br/saneamento-de-jericoacoara-motiva-assinatura-de-termo-entre-arce-e-outros-oito-orgaos/>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>267</sup> Lucas Lehfeld, ao comentar a atuação das Ouvidorias no âmbito das agências reguladoras, alinha-se entre aqueles que preconizam sua máxima independência possível, devendo ser o ouvidor, inclusive, estranho aos quadros da instituição: “A Ouvidoria, como órgão independente da agência, com a competência de trazer à tona questões de relevância pra o melhoramento da atuação da própria instituição, não pode ser ocupada por alguém que esteja submetido à hierarquia natural entre nomeado e nomeante. A imparcialidade, portanto, inicia-se desde o momento do processo de ocupação do cargo, o qual deve ser preenchido por pessoa estranha, embora qualificada, aos quadros da agência, sem vínculo hierárquico, bem relacionado com os agentes econômicos interessados na regulação e com o dever funcional de prestar contas à Administração Pública, ao Parlamento (Congresso Nacional) e à sociedade”. LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 302.

<sup>268</sup> “O ombudsman surgiu na Suécia como uma forma de proteção dos direitos individuais dos particulares contra abusos perpetrados por governantes e demais servidores públicos. Em outras palavras, as ouvidorias nasceram para zelar pela observância dos direitos dos cidadãos e coibir violações a esses direitos fundamentais. E é com essa missão, que as ouvidorias da América Latina, denominadas “defensores del pueblo” ou “defensores de los habitantes”, começaram a ser implantadas na América Latina, sobretudo a partir da década de 80 do século XX”. SOUZA, Gabriel Felipe de. O papel de uma ouvidoria no âmbito da Administração Pública federal: a experiência da Ouvidoria-Geral da AGU. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 599-610, p. 603.

Legislativo, destinado ao controle da administração e, nessa condição, voltado para a defesa dos direitos fundamentais do cidadão”, sendo a mediação, portanto, um instrumento propício de composição de conflitos por excelência a se iniciar já nas ouvidorias públicas, “pois as demandas recebidas, por carta, e-mail, atendimento pessoal e por meio do 0800 e, mais recentemente, via sistema, representam um termômetro da atuação institucional, tanto para o público interno como para o externo”.<sup>269270</sup>

#### **5.4 Atuação do Advogado Público na solução consensual de conflitos à míngua de previsão legal específica**

Deve-se sempre consignar que os acordos celebrados pela Fazenda Pública não se fundamentam no princípio da autonomia da vontade, tal qual nas relações entre particulares, e por isso dificilmente serão instrumentalizados sem qualquer parâmetro prévio, ou seja, somente por decisão pessoal do Advogado Público, ou ao menos sem consultar as suas respectivas chefias nas procuradorias, sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pelo poder público<sup>271</sup>.

Ora, a deliberação da Advocacia Pública sobre a possibilidade de celebração de acordos nos processos em que a Fazenda Pública figura como parte implica posicionamento da procuradoria enquanto instituição, não sendo suficiente para sua formalização a opinião isolada do Procurador que atua no processo<sup>272</sup>.

---

<sup>269</sup>GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Do instituto do ombudsman à construção das ouvidorias públicas no Brasil. In: BATISTA, Gustavo Barbosa de; GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e; LYRA, Rubens Pinto. **Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate**. João Pessoa: Universitária UFPB, 2004, p. 42.

<sup>270</sup> “Sob a perspectiva do cidadão, englobando tanto o público interno como o externo, a ouvidoria se apresenta como um instrumento efetivo de controle da Administração Pública e de defesa dos seus direitos fundamentais — individuais ou coletivos — o que contribui para sua inclusão social, sua cidadania e, por conseguinte, sua emancipação, sendo também um instrumento de solução de conflitos internos e/ou externos a contribuir para a consolidação da democracia participativa.” SOUZA, Gabriel Felipe de. O papel de uma ouvidoria no âmbito da Administração Pública federal: a experiência da Ouvidoria-Geral da AGU. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 599-610, p. 609.

<sup>271</sup> MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 164-213, 2016, p. 192.

<sup>272</sup> MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 164-213, 2016, p. 205.

De igual modo, o posicionamento da Advocacia Pública enquanto órgão não pode sempre depender de prévia e específica autorização legislativa, a ponto de fossilizar a dinamicidade das relações sociais suscetíveis a autocomposições por parte da Administração Pública.

O comportamento da Advocacia Pública, no auxílio da respectiva Administração que defende, centra-se na relação jurídica envolvida. Quando participa de relações jurídicas de direito privado, por exemplo, o Poder Público trata de interesses públicos secundários e, em consequência, disponíveis, porquanto relacionados à sua esfera patrimonial, não podendo haver qualquer empecilho à composição de tais interesses em soluções consensuais levada a cabo por autoridade competente para tanto, sendo que “a exigência de prévia autorização legislativa engessaria a Administração e, sobretudo, desnaturaria por completo as relações de direito privado, cuja característica principal reside no autorregramento das partes<sup>273</sup>”.

Logo, torna-se necessária a uniformização de um entendimento, na maior medida possível, da postura a ser adotada pela Advocacia Pública tanto em sede contenciosa quanto em consultoria. Um exemplo de evolução nesse sentido é a instituição das Súmulas Vinculantes da Advocacia-Geral da União, editadas a partir da consolidação de um determinado entendimento jurisprudencial sobre assuntos específicos, aptas a impedir, entre outras medidas, a interposição de recursos descabidos.

Em verdade, os enunciados exarados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, ocorrida em Brasília-DF, em agosto de 2016, estão em consonância com a necessidade de a Administração Pública proceder à composição dos conflitos de maneira consensual, não devendo a ausência de regramento específico de cada ente federativo ser colocado como óbice para tanto<sup>274</sup>.

---

<sup>273</sup>PERLINGEIRO, Gabriel. As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a administração pública. **Revista eletrônica de direito processual - REDP**, Rio de Janeiro, Ano 11, vol. 18, n. 03, p. 122-145, set-dez, 2017, p. 135.

<sup>274</sup> Abaixo seguem os principais enunciados pertinentes à temática em estudo: “18. Os conflitos entre a administração pública federal direta e indireta e/ou entes da federação poderão ser solucionados pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF – órgão integrante da Advocacia-Geral da União, via provocação do interessado ou comunicação do Poder Judiciário”; “19. O acordo realizado perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal - CCAF – órgão integrante da Advocacia-Geral da União – constitui título executivo extrajudicial e, caso homologado judicialmente, título executivo judicial.”; “25. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm o dever de criar Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos com atribuição específica para autocomposição do litígio.”; “31. É recomendável a existência de uma advocacia pública colaborativa entre os entes da federação e seus respectivos órgãos públicos, nos casos em que haja interesses públicos conflitantes/divergentes. Nessas hipóteses, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão celebrar pacto de não propositura de demanda judicial e de solicitação de suspensão das que estiverem propostas com estes, integrando o polo passivo da demanda, para que sejam submetidos à oportunidade de diálogo produtivo e consenso sem interferência jurisdicional.”; “32. A ausência da regulamentação prevista no art. 1º da Lei n. 9.469/1997 não obsta a autocomposição por parte de integrante da Advocacia-Geral da União e dirigentes máximos das empresas



Ao longo de legislações esparsas, percebe-se nitidamente a possibilidade de acordos por parte do ente público, sendo que o denominador comum de tais permissivos sagra-se na chancela de uma autoridade superior<sup>275</sup>.

Onofre Alves Batista Júnior enquadra a transação para encerrar litígios na esfera administrativa como uma espécie de “contrato administrativo alternativo”<sup>276</sup>. Porém, ainda segundo o autor, sua celebração somente se mostra viável “quando o contrato não está afastando determinações genéricas de lei, mas está sendo celebrado nas margens de discricionariedade abertas para emanção de ato administrativo”<sup>277</sup>.

A transação por adesão<sup>278</sup> é um instrumento previsto no artigo 35, da Lei nº 13.140/15, eleito para solucionar controvérsias jurídicas que envolvam a administração

---

públicas federais nem, por si só, torna-a inadmissível para efeito do inc. II do § 4º do art. 334 do CPC/2015.”; “54. A Administração Pública deverá oportunizar a transação por adesão nas hipóteses em que houver precedente judicial de observância obrigatória.”; “56. As ouvidorias servem como um importante instrumento de solução extrajudicial de conflitos, devendo ser estimulada a sua implantação, tanto no âmbito das empresas, como da Administração Pública.”; “60. As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos.”; “61. Os gestores, defensores e advogados públicos que, nesta qualidade, venham a celebrar transações judiciais ou extrajudiciais, no âmbito de procedimento de conciliação, mediação ou arbitragem, não responderão civil, administrativa ou criminalmente, exceto se agirem mediante dolo ou fraude.”; “62. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais têm autorização legal, decorrente da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 para, diretamente, conciliar, transigir ou desistir de recursos em quaisquer processos, judiciais ou extrajudiciais, cujo valor da causa esteja dentro da alçada equivalente à dos juizados especiais federais.” Disponível em [http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?\\_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669](http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669). Acesso em: 03 nov. 2018.

<sup>275</sup> Como exemplo, tem-se a Lei Orgânica da AGU, prevista na Lei Complementar nº 73/93, em seu art. 4º, inciso VI, segundo o qual “São atribuições do Advogado-Geral da União desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente”. Em matéria previdenciária, a Lei nº 8.213/91, a qual dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, assevera, em seu artigo 132, que “a formalização de desistência ou transigência judiciais, por parte de procurador da Previdência Social, será sempre precedida da anuência, por escrito, do Procurador-Geral do Instituto Nacional do Seguro Social INSS, ou do presidente desse órgão, quando os valores em litígio ultrapassarem os limites definidos pelo Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS”. Por fim, em nível estadual, a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará apregoa, em seu art.8º, inciso V, competir ao Procurador-Geral do Estado “desistir, firmar compromissos ou acordos e, ainda, confessor, nos ações de interesse do Estado, quando autorizado pelo Governador do Estado”.

<sup>276</sup> “Contrato administrativo alternativo é contrato vinculante, de subordinação, pelo qual a Administração e administrados, mediante concessões recíprocas, preparam os termos ou efetivamente constituem, modificam ou extinguem relação jurídica típica de direito administrativo, no intuito de possibilitar uma atuação consensual mais democrática da Administração, alternativa à emanção de ato unilateral imperativo, ou de prevenir ou terminar controvérsias, buscando, assim, maior eficiência na atuação administrativa, quando desenvolvida com a colaboração do administrado.” BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 527.

<sup>277</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 490.

<sup>278</sup> “A transação por adesão (art. 35 da Lei nº 13.140/2015) constitui importantíssimo mecanismo para resolução imediata de conflitos de massa que envolvam a Administração. O legislador optou por condicionar a edição da resolução administrativa autorização do Advogado-Geral da União (desde que baseada na jurisprudência pacífica do STF ou de tribunais superiores) ou parecer do Advogado-Geral da União, neste caso desde que aprovado pelo

pública federal direta, suas autarquias e fundações, desde que lastreada em autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, ou parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, sendo que seus requisitos e condições não de ser definidos em resolução administrativa própria.

Necessário estabelecer que, conforme exposto pelo parágrafo quarto do artigo supracitado, a adesão configurará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se embasa a demanda ou o recurso que possam estar pendentes, tanto de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa, sendo que, no caso de ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, consoante o parágrafo quinto do artigo em referência.

Sem embargo, não se pode deixar de defender a necessidade, por parte da Administração Pública, de se adotar a mesma solução em soluções consensuais para administrados em casos de idênticas situações jurídicas, sob pena de ofensa à isonomia e impessoalidade entre os particulares<sup>279</sup>.

Indaga-se, ainda no caso de celebração de transação na esfera administrativa entre poder público e administrado, a viabilidade de exclusão de apreciação jurisdicional posterior quanto ao mérito do ato. Ora, a possibilidade de ambas as partes (administrado e Administração) eventualmente rediscutirem em juízo direito que já fora objeto de acordo infenso a qualquer mácula “ofende a mais simples ideia do que seja boa-fé na celebração dos contratos, além do que essa possibilidade tornaria a transação, na maioria das vezes, inócua<sup>280</sup>”.

---

Presidente da República (art. 35, incisos I e II, da Lei nº 13.140/2015), neste último caso uma demonstração de que a Advocacia Pública ainda está infelizmente vinculada a um dos poderes no ordenamento brasileiro. É mister o permanente diálogo com órgãos/entidades da Administração envolvidos nos litígios e com órgãos responsáveis pela organização financeira e orçamentária do ente público para a seleção dos assuntos que serão objeto da resolução acerca da transação por adesão. Apesar de a previsão do art. 35 da Lei nº 13.140/15 dirigir-se especificamente às pessoas jurídicas de direito público federais, nada obsta a que os demais entes federados adotem idêntico modelo, sendo inclusive recomendável que o façam.” CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: < [http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2018, p. 174.

<sup>279</sup> “Regida que é a atuação da Administração Pública pelos princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade, entender em sentido diverso seria dar margem a todo tipo de arbítrio, o que afrontaria o regime jurídico constitucionalmente estabelecido para a relação entre o Poder Público e seus cidadãos. Esta é uma das razões pelas quais aos acordos firmados na esfera administrativa deve ser dada a devida publicidade, justamente para firmar precedentes e garantir a sua aplicação isonômica a situações futuras.” SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 222. Acesso em: 29 out. 2018.

<sup>280</sup>BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 524.

Questão delicada que merece ser ventilada concerne ao argumento da Administração Pública referente à impossibilidade de cumprimento do acordo por questões orçamentárias, tentando-se alegar uma insuficiência de recursos financeiros. Ao referido argumento recomenda-se o mesmo tratamento dispensado à alegação da reserva do possível, devendo ser objetiva e efetivamente comprovada, resguardando a moralidade e a boa-fé processual perante o administrado.

No que diz respeito à necessidade de observância, por parte do Poder Público, de todo e qualquer precedente exarado pelo Poder Judiciário (não somente dos vinculantes), adverte-se que tal prática não pode ser levada a cabo de maneira desmedida ou indiscriminada, mas sim de maneira estratégica, sob pena de enfraquecer a defesa do ente.

Não se mostra razoável que o Poder Público observe em âmbito administrativo, sem qualquer tipo de filtro, os precedentes judiciais contrários aos interesses da Fazenda sem que haja uma análise criteriosa pela Advocacia Pública de cada ente federativo a respeito da probabilidade de sua superação (“*overruling*”), não significando tal comportamento, de maneira alguma, resistência do Estado em cooperar, mas uma atuação estratégica garantida pelo direito constitucional à ampla defesa, inclusive para se verificar o impacto das repercussões econômicas decorrentes da aplicação destes precedentes pela Administração Pública. Com maior razão, portanto, o estudo estatístico e atuarial, que revele numericamente os impactos de ganhos e perdas processuais na observância ou não dos precedentes, deve estar presente na análise estratégica do Poder Público. Porém, mais uma vez aclara-se que o interesse meramente patrimonial ou secundário do ente não pode ser um motivo exclusivo para fazer frente ao descumprimento da Fazenda a precedentes obrigatórios (os quais são mais amplos que os gerados por súmulas vinculantes e decisões em controle abstrato de constitucionalidade). A resistência na observância direta a precedentes obrigatórios deve ser objeto de estudo jurídico pelas Procuradorias a fim de se aferir as chances concretas de reversibilidade<sup>281</sup>.

Ademais, ao tratar da composição de conflitos extrajudiciais a envolver entes federativos distintos, o artigo 37, da Lei nº 13.140/15, assevera ser facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos

---

<sup>281</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018, p. 155, 158 e 160.

ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Por fim, a própria lei ressalva, em seu artigo 40, que os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem, fazendo com que se sintam mais seguros de qualquer apuração de responsabilidade pelo simples fato de participarem de uma solução consensual e de seus desdobramentos, devendo-se sempre perquirir a ocorrência de vantagem indevida aliada ao elemento subjetivo do agente.

Pode-se assim delimitar os cenários quanto à possibilidade do emprego de meios consensuais pela Fazenda no processo judicial<sup>282</sup>, desconsiderando a hipótese de direitos indisponíveis que, diante das particularidades do caso em comento, inviabilizam a autocomposição: a) quando participar de relações de direito privado, ou seja, como se particular fosse, desnecessária qualquer autorização legislativa prévia, não havendo qualquer obstáculo à autocomposição por parte da Fazenda Pública, pois tão somente o interesse disponível da Administração estaria sob solução consensual; b) nas relações de direito público, quando diante de situação ilegal provocada ou tolerada pela Administração, o reconhecimento da procedência do pedido ou a renúncia não se tornam meras faculdades processuais, mas condutas vinculadas da Fazenda, decorrente do seu poder de autotutela, e c) nas situações do direito público com certo grau de discricionariedade da Administração, havendo mais de um meio possível para alcançar a satisfação do interesse público, torna-se

---

<sup>282</sup> Luciane Moessa de Souza elenca dois critérios fundamentais que viabilizam transação nos processos judiciais: “I – esclarecimento da matéria fática – quando os fatos estiverem suficientemente esclarecidos por prova documental, quando houver reconhecimento de erro administrativo ou quando os fatos vierem a ser esclarecidos pelas diligências realizadas pela área técnica competente, a ausência de controvérsia fática justifica a realização do acordo; II – entendimento jurídico favorável ao autor expresso em parecer da consultoria jurídica do órgão público, que necessariamente deverá observar Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF), Súmula ou parecer vinculante da AGU, quando existentes. Os dois critérios, conjuntamente aplicados a cada caso concreto, propiciam imensa segurança jurídica ao ente público. Parece, contudo, que, em casos que tais, existe o dever de transigir, não simples faculdade. A mera possibilidade deverá ser reconhecida, isto sim, quando for elaborado pelo órgão jurídico um juízo de probabilidade quanto às chances de êxito na causa, analisando-se as controvérsias de fato e de direito eventualmente existentes. Quando esta análise de risco permitir concluir que as chances de êxito do autor superam de forma significativa as chances do ente público, aí sim pode ter espaço autêntica transação, pela qual o autor renuncia a uma parcela do que pretende, mas não tem certeza de obter, e a Administração Pública obtém um desconto razoável em relação ao valor que provavelmente seria condenada a pagar futuramente.” SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pp. 201-202. Acesso em: 22 out. 2018.

extremamente profícuo a Fazenda buscar a possibilidade de uma decisão construída com a parte adversa mediante o consenso que satisfaça o interesse público<sup>283</sup>.

A par da possibilidade de acordos judiciais e de suas peculiaridades a depender do objeto tratado, em sede administrativa ou extrajudicial não há óbice para que se almeje a solução consensual a envolver a Fazenda Pública<sup>284</sup>.

Ocorre que, em sede judicial, há de se ter cuidado com a necessidade de observância à sistemática dos precatórios, diferentemente do tratamento que pode ser adotado em sede administrativa, conforme excerto de julgado do Tribunal de Contas da União<sup>285</sup>.

Há de se enfatizar, portanto, a mediação e conciliação em sede administrativa ou extrajudicial, no escopo de se afastar legitimamente da sistemática dos precatórios quando envolver obrigação de pagar quantia certa por parte do Poder Público, ainda que referido título seja eventualmente homologado em juízo:

É primordial para o sucesso das câmaras administrativas que o cumprimento das obrigações de qualquer espécie, inclusive as de pagar, ocorra em âmbito administrativo, e não na via judicial por meio de precatório requisitório de

<sup>283</sup> PERLINGEIRO, Gabriel. As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a administração pública. **Revista eletrônica de direito processual - REDP**, Rio de Janeiro, Ano 11, vol. 18, n. 03, p. 122-145, set-dez, 2017, pp. 141-142.

<sup>284</sup> “No mesmo compasso, é possível identificar as seguintes diretrizes mínimas para impulsionar a realização de conciliações na esfera administrativa, as quais podem ser incluídas na Lei 9.784, de 1999, ou em legislação nacional sobre o assunto: a) obrigatoriedade de todo órgão público oferecer sistema de recebimento de requerimentos administrativos, no qual esteja assegurada análise acurada dos fundamentos fáticos e jurídicos (estes com a participação do respectivo órgão da Advocacia de Estado) e o deferimento parcial ou integral do pedido sempre que se tratar de direito incontroverso, bem assim, quando se tratar de matéria controversa, a possibilidade de celebração de transação na esfera administrativa (inclusive no que tange a direitos indisponíveis), sempre que for elevado o risco de sucumbência na esfera judicial; b) a previsão de oferta obrigatória de sistema de mediação ou conciliação por parte de entes públicos, de utilização facultativa para o administrado, no qual a escolha do mediador ou conciliador se faça de comum acordo entre as partes, e o acordo eventualmente celebrado seja definitivo, sujeitando-se à revisão judicial apenas em caso de nulidade absoluta; c) previsão da obrigatoriedade de que os mediadores e conciliadores atuantes em tais sistemas sejam devidamente treinados, de que o sistema seja de utilização gratuita para os administrados e de que este contemple mecanismos de avaliação e monitoramento de resultados; d) previsão de publicação dos extratos de acordos celebrados no sítio eletrônico do(s) órgão(s) envolvido(s) e no jornal oficial correspondente”. SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pp. 293-294. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>285</sup> “[...] 9.2.2. é incompatível com a Constituição Federal interpretação de que a obrigação de pagar quantia certa pela União, em razão de transação promovida entre as partes, em processo judicial de qualquer natureza, inclusive executivo, pode ser quitada por meio da emissão de títulos da dívida pública, com fundamento no art. 1º, inciso VIII, da Lei 10.179/2001, porque tal ato representa grave violação aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da isonomia, que, no caso de pagamento de dívida, se materializa pela igualdade de todos os credores perante a Administração Pública, consagrada no art. 100 da Carta da República, ressalvada, apenas, a possibilidade de a União emitir títulos da dívida pública para pagar obrigação financeira por ela assumida, em decorrência de expressa disposição legal, após a realização de transação judicial em ação aforada pelo credor em razão da resiliência da Administração, observado o que dispõem a legislação específica, a Lei de Responsabilidade Fiscal e o art. 1º, inciso VIII, da Lei 10.179/2001, quando a assunção constituir meio à consecução de finalidade pública prescrita na mesma lei; [...]” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 489/2017. Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Número da ata: 9/2017. Data da sessão: 22/03/2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 mar. 2017b, Seção 1, p. 135.

pagamento. A adoção desse entendimento muito estimulará a busca dos interessados por esse mecanismo alternativo de resolução de conflitos. Obviamente, não havendo o cumprimento da obrigação, e estando previsto no parágrafo único do art. 20 da Lei nº 13.140/2015 que o termo de mediação constitui título executivo extrajudicial ou judicial, neste último caso desde que homologado em juízo, caberá a execução extrajudicial ou o cumprimento de sentença. Mas estas deveriam ser as últimas alternativas, sendo desejável então que os conflitantes, após a transação, tenham a disposição ao cumprimento das obrigações sem o recurso à via judicial. Aliás, o não cumprimento espontâneo de obrigação após a celebração de acordo é ofensivo ao princípio da boa-fé processual, sendo de esperar-se, portanto, que a Administração cumpra exemplar e fielmente suas obrigações tão logo celebrado o ajuste. Críticas no sentido de que tal prática (pagamento administrativo das dívidas) ofenderia a sistemática dos precatórios não se sustentam minimamente. O art. 100 é expresso ao exigir a sistemática dos precatórios apenas nos pagamentos devidos pela Fazenda Pública “em virtude de sentença judiciária”. Mesmo que o termo de mediação seja homologado judicialmente, a fim de que constitua título executivo judicial (art. 20, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015), isso não afasta o fato de que o reconhecimento da obrigação deu-se extrajudicialmente, em procedimento administrativo, havendo dever de pagamento pela Fazenda Pública desde então. Ademais, a homologação judicial não é o mesmo que a judicialização do litígio, de maneira que o pagamento que venha a ser feito pelo ente público não decorreu de sentença judiciária. A sentença apenas homologou o que já produzira todos os efeitos no mundo das obrigações<sup>286</sup>.

A maleabilidade do acordo, ou mesmo sua efetiva celebração, por óbvio, irá depender de seu conteúdo, ou seja, do objeto a ser tratado na solução autocompositiva. Pode haver conflitos envolvendo “direitos disponíveis”, como os de natureza tributária, os que envolvem pagamento de indenização (desapropriação, por exemplo), os decorrentes de relações contratuais privadas (os chamados “contratos da Administração”), entre outros.

De igual modo, existem conflitos referentes a “direitos indisponíveis”, como aqueles advindos do “poder de polícia”, e de sua conseqüente fiscalização e normatização (como no caso de um licenciamento ambiental), bem como do poder regulatório, a envolver fiscalização, mediante um poder normativo deflagrado por uma discricionariedade técnico-administrativa, da qualidade da prestação de serviços públicos delegados a concessionárias e permissionárias, restando pouca ou praticamente nenhuma liberdade de solução autocompositiva em tal cenário<sup>287</sup>.

<sup>286</sup> CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2018, pp. 124-125.

<sup>287</sup> “Feito esse enquadramento, quando se tratar de caso de direitos disponíveis, os critérios jurídicos podem ou não ser tomados em consideração na construção do acordo, total ou parcialmente, isoladamente ou em conjunto com outros critérios que as partes reputem relevantes. É bom lembrar que, normalmente, as partes querem (e é inteligente que assim o façam) comparar o teor de um possível acordo que elas estão construindo com o provável teor de uma eventual decisão judicial a respeito do mesmo conflito (a qual levaria em conta unicamente os critérios legais), assim como ponderar os custos e a duração da alternativa representada pelo processo judicial. Dentro desse quadro é que elas buscarão construir uma solução que lhes pareça mais adequada do que aquela que decorreria de um julgamento. No que concerne aos conflitos que envolvem direitos indisponíveis, a situação é um pouco diversa. Enquanto, com relação aos direitos disponíveis, a liberdade das partes para levar em conta

---

os critérios legais é absoluta (é perfeitamente possível, por exemplo, que a parte credora de uma indenização por danos materiais, a ela renuncie parcialmente ou por inteiro, levando em conta outros parâmetros que são por ela considerados relevantes, que não os parâmetros legais), quando se trata de direitos indisponíveis, os parâmetros legais necessariamente devem ser levados em conta na construção do acordo. Não é absolutamente o caso, porém, de se pensar que pouca liberdade resta às partes no que diz respeito aos direitos indisponíveis, pois: a) o ordenamento jurídico, de ordinário, não esgota as diferentes possibilidades de garantia ou exercício do direito, de modo que as partes podem negociar a forma mais conveniente de cumprir os ditames legais; b) o ordenamento pode ser (e frequentemente é) omissivo em relação a outros parâmetros relevantes para as partes em conflito, os quais podem e devem ser incluídos no acordo, não para substituir, mas para complementar os parâmetros já fornecidos pelo legislador. Em suma, a ordem jurídica traz o ‘esqueleto’ do acordo, mas às partes cabe colocar os ‘tecidos, fluidos’, etc, dando ao ‘corpo’ do acordo a aparência e funcionalidade que melhor atenda a seus legítimos interesses.” SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, pp. 130-131. Acesso em: 16 out. 2018.

## 6 CONCLUSÕES

A previsão, em sede constitucional, da atuação de uma Advocacia Pública, obrigatoriamente organizada em carreira, radica na necessidade de se garantir ao Estado um corpo jurídico estruturado e bem preparado para as tarefas de orientação jurídica, dotado de expertise e imparcialidade, apto a promover a defesa da Constituição em toda atividade administrativa, em clara manifestação de sua atuação como função essencial à justiça em um Estado Democrático de Direito.

Portanto, a dualidade de comportamentos do Advogado Público em sua atividade consultiva e de representação judicial é uma prática que necessita ser desestimulada ou, ao menos, evitada, pois a atuação da Advocacia Pública não pode ou deve se guiar tão somente mediante um interesse público secundário, patrimonial, alheio aos valores ínsitos de função jurisdicional efetiva, devendo levar a cabo a defesa dos entes federativos sempre sem descurar dos valores de uma ordem jurídica constitucional pautada nas limitações do poder estatal e na promoção e defesa da dignidade da pessoa humana, elementos basilares para a tutela jurídica dos direitos fundamentais.

Em síntese, a busca precisa desse ponto de equilíbrio, ou do fiel da balança entre essas duas medidas aparentemente contrapostas, é o verdadeiro desafio de uma Advocacia Pública atuante como defensora de Estado, e não só de Governo.

A consultoria e a representação judicial são tarefas que apenas os Advogados Públicos, servidores públicos aprovados em concurso público e organizados em carreira, podem desempenhar, sendo a forma encontrada para permitir e estimular, em cada uma das estruturas estatais, a efetiva concretização dos princípios constitucionais atinentes à Administração Pública e aos direitos fundamentais.

No que diz respeito à solução de conflitos, posto que deva haver sempre uma atividade jurisdicional efetiva por parte do Poder Judiciário, não se pode mais negar sua insuficiência como meio exclusivo para um acesso à justiça enquanto direito fundamental, revelando-se imprescindível a busca por métodos autocompositivos, ou seja, métodos que busquem no consenso a solução para o caso concreto, tanto judicial como extrajudicialmente.

Em outras palavras, o acesso à justiça não se exaure na tradicional função jurisdicional estatal, não podendo ser resumido a uma mera prolação de decisão judicial apta a transitar em julgado, proferida em juízo de heterocomposição por aquele constitucionalmente investido. A par da arbitragem (solução heterocompositiva), a adoção de soluções consensuais



de conflitos, como a mediação e conciliação (soluções autocompositivas) também devem ser objeto de aprofundado estudo no escopo de serem correta e efetivamente utilizadas.

O impacto social desta mudança de paradigma é substancial, pois os que litigam sob os auspícios do Poder Judiciário não o fazem imbuídos de espírito aventureiro, mas se submetem às agruras de um processo judicial com a esperança de ter acesso e ver concretizada a tão idealizada justiça do caso concreto, a qual pode perfeitamente encontrar nas soluções consensuais seu porto seguro.

Nada obstante, não se pode adotar como único argumento para o manejo das soluções consensuais a tentativa de minorar os problemas enfrentados pelo Judiciário, quais sejam, a demanda excessiva de processos, a longa marcha processual à espera de um trânsito em julgado ou de medida liminar que propicie a satisfação ou garantia da pretensão do jurisdicionado, a insuficiência de estrutura e de pessoal, entre outros.

Em verdade, a utilização de mediação e conciliação deve ser levada adiante não por auxílio ao Judiciário, mas por se mostrar mais compatível com a solução do caso concreto, evidenciando-se mais útil o consenso no lugar da imposição estatal ao proferir uma sentença. Portanto, o auxílio ao Judiciário deve ser entendido como efeito ou consequência, e nunca como causa da utilização dos meios de autocomposição.

Desta maneira, uma mudança cultural há de ocorrer, no sentido de que todos devem buscar a solução consensual para seus conflitos na medida do possível, de modo que tão somente nas situações em que tais tentativas mostrarem-se infrutíferas o Judiciário atuará como meio alternativo de solução. Logo, a heterocomposição, uma solução imposta pela atividade jurisdicional do magistrado mediante sentença, não raro mais morosa e dispendiosa diante do funcionamento da máquina estatal, deverá ser encarada como “ultima ratio” frente às soluções criadas pela autocomposição, pois o consenso fará com que a solução para o caso seja construída em harmonia com o que as partes intentam, mesmo que mediante concessões recíprocas.

A solução consensual de conflitos, potencialmente mais célere do que a tradicional prestação jurisdicional, pode muitas vezes ser considerada a ferramenta mais adequada para a composição, não podendo a Advocacia Pública estar infensa a essas novas diretrizes.

Sem embargo, ainda há severa resistência no que diz respeito à atuação da Fazenda Pública em soluções autocompositivas, geralmente com a utilização de argumentos vagos como a preservação da supremacia do interesse público e sua indisponibilidade.

Ocorre que, conforme exposto alhures, o interesse público mostra-se como conceito jurídico indeterminado que, por si só, não traz um conteúdo fechado ou sequer proibitivo da atuação do Poder Público em soluções consensuais. Na verdade, a temática “interesse público”, sempre que arguida, deve estar atrelada a uma aprofundada fundamentação que associe o interesse da coletividade ou o bem comum ao bem jurídico que se busca tutelar no caso concreto, não devendo se esvaziar em vagueza e tautologia, a ponto de se tornar um argumento absoluto e fechado em si mesmo, insuscetível de ponderações.

Portanto, a suposta supremacia e/ou indisponibilidade do interesse público devem ser aferidas no caso concreto mediante a devida e imprescindível fundamentação, não necessariamente devendo prevalecer sobre o interesse individual confrontado, pois até mesmo a satisfação de um interesse particular pode se revelar, com a exposição da pertinente fundamentação, como a efetivação de um interesse buscado pelo Estado e, portanto, público.

De igual modo, a dicotomia entre interesse público primário e secundário somente se sustenta caso se afaste a ideia de interesse público secundário como um puro interesse de arrecadação (meramente patrimonial) da Administração e, portanto, alheio à acepção de interesse público enquanto interesse da coletividade, pois deixará de ser inclusive interesse público. Logo, o interesse patrimonial do erário somente pode subsistir desde que em consonância com o interesse público da coletividade. Em verdade, tal divisão apenas tenta separar as pretensões do Poder Público na busca de sua atividade, mas em nenhum momento o interesse público deixa de ser uno, apenas se moldando às particularidades do caso concreto para assim ser classificado.

O argumento da legalidade estrita, igualmente, é levantado como óbice para atuação da Administração Pública e, conseqüentemente, de sua Advocacia, nas soluções autocompositivas, pois o Poder Público somente poderia atuar consensualmente nos conflitos mediante previsão legal específica, ou seja, tal proceder, além de permitido, deveria estar regrado em ato normativo primário exarado pelo Poder Legislativo.

Mais uma vez, o simples argumento da necessidade de expressa e específica previsão legal para atuação do Poder Público em soluções consensuais não se sustenta, pois o próprio ordenamento jurídico, a exemplo do que prevê o Código de Processo Civil, estimula a solução consensual de conflitos, inclusive pela própria Advocacia Pública. Ademais, atrelar toda e qualquer atuação da Administração Pública à edição de lei específica engessaria em demasia sua atuação, sendo suficiente que uma lei geral, de caráter nacional, preveja tal possibilidade, sendo apenas necessário que cada ente regulamente a atuação de sua Advocacia Pública, seja por Decreto ou por outros atos normativos secundários.

Desta forma, a solução autocompositiva de um conflito pela Administração Pública deve ser estimulada, inclusive, para efetivação de direitos fundamentais, pois não há nenhum sentido na postura de uma Advocacia Pública em defender por simplesmente defender, arguindo teses manifestamente incabíveis, protelatórias ou já sedimentadas jurisprudencialmente, onerando em demasia as cifras astronômicas de processos levados ao Judiciário.

Há de se esclarecer que é papel da Advocacia Pública, enquanto função essencial à justiça, a par da defesa judicial e extrajudicial do respectivo ente federativo, zelar pela efetivação dos direitos fundamentais, porquanto normas jurídicas positivadas no plano constitucional, intimamente atreladas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder estatal, fundamentando todo o ordenamento com seus valores.

De igual modo, da mesma maneira que se abordaram os argumentos de supremacia e indisponibilidade do interesse público, não é possível, de maneira prévia e abstrata, elencar direitos fundamentais em níveis de predominância de uns sobre outros, pois somente o sopesamento em eventual conflito, diante das particularidades do caso concreto, poderá revelar qual será o direito fundamental que prevalecerá.

Como manifestação de efetivação de direitos fundamentais, necessário ressaltar que as políticas públicas não são categorias definidas e instituídas juridicamente, mas arranjos de natureza complexa, típicos de uma atividade político-administrativa regulatória, porém suscetível de análise jurídico-formal. Logo, é um instituto que não ostenta natureza pertencente ao Direito, mas que a ele deve se adequar.

Ademais, os exemplos de atuação da Advocacia Pública no processo de implementação e manutenção de eficiência das políticas públicas (formulação de pareceres, auxílio na elaboração de ações diretas de constitucionalidade, assinatura de acordos regulatórios, de Termos de Ajustamento de Conduta e, até mesmo, de prevenção do assédio moral no âmbito da administração) mostram a riqueza de sua variedade, justificando estar aquela situada constitucionalmente como função essencial à justiça.

Não há dúvidas de que uma das manifestações modernas da Administração Pública ocorre com um campo consensual entre o Estado e o particular apto a satisfazer o bem comum com a implantação de políticas públicas. Para tanto, imprescindível que sejam elaboradas políticas que privilegiem técnicas e métodos negociais, viabilizando que o cidadão seja ouvido e possa, em grupo, definir os rumos da sociedade que integra.

A par da implementação de políticas públicas que podem se melhor moldar pelo consenso, a efetivação de direitos fundamentais mediante soluções autocompositivas pela

Advocacia Pública também se faz presente em inúmeras situações, inclusive havendo previsão legal para que a Advocacia Pública dos entes federativos, onde houver, possa instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

A efetivação de direitos fundamentais por uma Advocacia Pública conciliatória faz-se sentir, por exemplo, em lides previdenciárias, envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), geralmente em mutirões nos quais os acordos poupam ao erário cifras milionárias que seriam despendidas ao fim de trânsito em julgado de processos infrutíferos, principalmente em juros e correção monetária. Há de se ressaltar que em tais casos a resistência do ente público não se sustenta, onerando apenas a já morosa máquina judiciária, haja vista os segurados muitas vezes já preencherem os requisitos legais para percepção dos benefícios judicialmente pleiteados.

Os direitos fundamentais podem ter sua efetivação buscada também quando há conflito entre entes públicos, como, por exemplo, o que ocorreu no Estado do Ceará, entre o Departamento Nacional de Obras contra as Secas (DNOCS) e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), pois aquele pretendia desenvolver projetos de irrigação em terrenos potencialmente de populações indígenas, ficando decidido em acordo que tais projetos somente poderiam realizar-se em propriedades alheias a ocupações indígenas, preservando-se seus direitos.

A interdisciplinariedade dos assuntos que pode ser resolvida mediante soluções consensuais pela Administração Pública e sua Advocacia é gigantesca, abrindo-se parêntese, inclusive, para atuação das agências reguladoras (e, obviamente, de suas procuradorias), pois tais autarquias sob regime especial podem atuar como mediadoras e conciliadoras envolvendo diversos entes públicos, como o que ocorreu com a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE) e o Projeto “Abraço Jeri”, em que diversas entidades públicas assinaram Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) para a realização de ações conjuntas voltadas à resolução de irregularidades verificadas nos serviços de saneamento básico e de recursos hídricos no Município de Jijoca de Jericoacoara, as quais podem ensejar colapso hídrico e demais degradações ambientais.

Porém, não se pode afirmar categoricamente a possibilidade de o Advogado Público proceder a conciliações e mediações sem o mínimo de segurança jurídica em tal mister. Em que pese haver desnecessidade de previsão legal específica para soluções autocompositivas, não pode aquele, na qualidade de agente público, agir a seu bel-prazer, sem qualquer tipo de parâmetro ou chancela, haja vista a posição exarada ser a da Procuradoria enquanto Instituição, e não meramente pessoal do Procurador.

Desta forma, tal qual diversas Procuradorias assim já procedem, recomenda-se sempre que os respectivos entes federativos elaborem regramentos específicos (atos normativos secundários) para que os Advogados Públicos norteiem-se no processo de solução consensual, conferindo clareza tanto ao rito para a conciliação, ou seja, esclarecendo, por exemplo, o procedimento de verificação de documentação, valores envolvidos, chance de êxito em eventual demanda com base no entendimento jurisprudencial externado, quanto para o conteúdo a ser transacionado.

Neste tocante, a edição de súmulas administrativas e demais orientações normativas da respectiva instituição auxiliam no norte para aferir o posicionamento que pode ser alvo de autocomposição, inclusive com referência aos próprios precedentes exarados pelos Tribunais Superiores, culminando na obrigatória observância das Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, ainda que não haja regramento específico e detalhado expondo como deve atuar o Advogado Público nas soluções consensuais, não se afasta a viabilidade de acordos por parte do ente público, sendo que o denominador comum de tais permissivos nestas situações sagra-se na chancela de uma autoridade superior, normalmente do Procurador-Geral ou até mesmo do respectivo Chefe do Executivo, os quais poderão autorizar o acordo após análise da situação exposta, verificando inexistir qualquer vício de legalidade ou outra questão que impossibilite a solução autocompositiva.

Em verdade, a solução do conflito não só pode como deve ser buscada primeiramente na via da autocomposição, atentando-se somente para certas peculiaridades quando se tratar de entes públicos e suas respectivas limitações. Porém, de nada adiantará o estímulo normativo para a autocomposição se não houver uma mudança cultural, favorável à solução consensual, dos sujeitos processuais, a incluir a própria Advocacia Pública, a qual, como função essencial à justiça, não só deve garantir a defesa do ente público, mas também da própria Constituição Federal, notadamente mediante sua importância para efetivação de direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, vol. 1, n. 07, p. 13-27, 2001.

AMARAL, Alexandra da Silva. **Princípios estruturantes das agências reguladoras e os mecanismos de controle**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ANDRADE, Rogério Emilio de. Articulação jurídica das estruturas coletivas de gestão administrativa. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-22.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasil: Ministério da Justiça, 2016.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto (Coord.). **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse. In SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse pública**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BIM, Eduardo Fortunato. A inconstitucionalidade das razões de Estado e poder de tributar: violação ao estado democrático de direito. **Direito Tributário Atual**, São Paulo: Dialética, v. 19, p. 192-220, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.1, n. 02, p. 27-63, 2005.

\_\_\_\_\_. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora — RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011.

BOBBIO, Norberto. **O filósofo e a política**: antologia. Tradução de César Benjamim e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 96/2017 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 fev. 1993c, Seção 1, p. 1797.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 25 jul. 1991.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 22 jun. 1993a, Seção 1, p. 8269.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 14 fev. 1995.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem, **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 set. 1996, Seção 1, p. 18897.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jul. 1997b, Seção 1, p. 14704.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 1º fev. 1999a, Seção 1, p. 1.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015a, Seção 1, p. 1.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 jun. 2015c, Seção 1, p. 4. BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 jun. 2015c, Seção 1, p. 4.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.327, de 29 de julho de 2016. Altera a remuneração de servidores públicos; estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera os requisitos de acesso a cargos públicos; reestrutura cargos e carreiras; dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 jul. 2016b, Seção 1, p. 111.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf)> Acesso em: 26 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1505356/MG - Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgamento: 10/11/2016. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303528142&dt\\_publicacao=30/11/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303528142&dt_publicacao=30/11/2016)>. Acesso em: 12 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 337.188/SP - Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. Julgamento: 18/10/2001. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=26924&num\\_registro=200100905381&data=20020225&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=26924&num_registro=200100905381&data=20020225&formato=PDF)>. Acesso em: 29 out. 2018

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4843 MC-ED-Ref - Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento: 11/12/2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7798177>>. Acesso em: 12 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Inq 3074-SC - Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgamento: 26/08/2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6849679>>. Acesso em: 12 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 410715 AgR - Relator Min. Celso de Mello, julgado em 22/11/2005, Segunda Turma. Disponível em



<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 253885 – Relator(a): Min. Ellen Gracie. Primeira Turma. Julgamento: 04/06/2002. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322>>. Acesso em: 17 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2947/2016. Plenário. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Número da ata: 47/2016. Data da sessão: 16/11/2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 nov. 2016e, Seção 1, p. 66.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 489/2017. Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Número da ata: 9/2017. Data da sessão: 22/03/2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 mar. 2017b, Seção 1, p. 135.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. (p. 239)

\_\_\_\_\_. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, número 133, p. 89-98, jan/mar 1997.

\_\_\_\_\_. O conceito de política pública em direito, in BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**, Ed. Saraiva, São Paulo, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (Collaborative Law): “Mediação sem Mediador”. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 709-726, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. In: Fredie Didier Jr. (Coord.) **Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 9**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 463-484.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. Mediação e conciliação na res. 125 do CNJ e no projeto de código de processo civil. In: **O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual**. São Paulo: RT, 2013.

CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil — Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. **A&C — Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 225-251, abr./jun. 2016.

CALDAS, Maria Urano de Carvalho. As funções essenciais à justiça e a nova perspectiva dos meios endoprocessuais de autocomposição de conflitos. In: Juvêncio Vasconcelos Viana. (Coord.) **O Novo CPC**, Fortaleza, p. 143-162, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6.ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective**. Indiana: Faculty Publications Paper, 1978.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. O papel das agências reguladoras como propulsoras de mudança social. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade Federal Do Ceará, v. 34, p. 173-196, 2013.

CARVALHO, Juan Pablo Couto de. Advocacia-Geral da União: breve relato do maior escritório de advocacia do país In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.) **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. **A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018\\_tese\\_jsncbranco.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29712/1/2018_tese_jsncbranco.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018.

COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no estado democrático constitucional brasileiro. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009, p. 14. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62506>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, in MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**, Ed. Malheiros, São Paulo, 1997.

CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y Division de Poderes Hoy**. Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina, 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRUZ, Luiz Guilherme de Oliveira Maia. Atuação da advocacia de Estado nas políticas públicas de prevenção do assédio moral no âmbito da administração. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 08, nº. 03, pp. 2020-2043, 2015.

DAVI, Kaline Ferreira. Composição de litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. **Revista da Advocacia-Geral da União**. Ano VII. N. 16. Brasília: 2008. p. 183-196.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Advocacia Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, São Paulo, n. 3, p. 11-30, dez 1996.

DIAS, Rodrigo Bernardes. A conciliação nos Juizados Especiais Federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (org.). **Juizados Especiais Federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 507-513.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de processo civil**. Vol. 1, 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FENOLL, Jordi Nieva. Mediação: uma “alternativa” razoável ao processo judicial. **Revista eletrônica de direito processual**, Ano 8, vol. 14.

FIGUEIREDO, Paulo Henrique. **Transação tributária** – como expressão dos direitos do cidadão. Recife: Bagaço, 2004.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista NOMOS**, v. 35, n. 1, jan-jun, 2015.

FREITAS, Marcelo de Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a defesa das políticas e do interesse públicos a cargo da Administração indireta. **Revista da AGU**. Brasília, v. 7, n. 17, p. 9–24, jul./set., 2008.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). **As grandes transformações do Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 509-534.

FURTADO, Renata de Souza. **A importância da visão jurídico-estratégica do advogado público**. Disponível em: < <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/4581400>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. Audiência(s) e Sessão(ões) de Mediação na Lei de Mediação (Lei Nº 13.140/2015) e no novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/2015). In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 508-527, 2016.

GARCIA, Emerson. Conflitualidade Imanente e Resolutividade Construída: Perspectivas da Lei de Mediação sob as lentes da Oralidade In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 541-558, 2016.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Do instituto do ombudsman à construção das ouvidorias públicas no Brasil. In: BATISTA, Gustavo Barbosa de; GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e; LYRA, Rubens Pinto. **Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate**. João Pessoa: Universitária UFPB, 2004.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de Direito Público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59-86.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podium, 2008.

JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Mediação – instrumento eficaz para a eficiência regulatória. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**. Belo Horizonte, ano 9, n. 102, ago. 2009.

KIRSCH, César do Vale. A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 395-422.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controles das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 17 set. 2018.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. N. 28. Ano XXVIII. Curitiba, 1994-1995, p. 109-137.

LOBO TORRES, Ricardo. O mandado de injunção e a legalidade financeira. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 187. Rio de Janeiro: Editora FGV, jan/mar 1992, p. 94-110.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial**: análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 465-483.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (orgs.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário**: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111-135.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Análise crítica da invocação do interesse público como fundamento para relativização de direitos e garantias do contribuinte**. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006\\_dis\\_rcrmachado.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/15696/1/2006_dis_rcrmachado.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2018.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 164-213, 2016.

MADUREIRA, Claudio; RAMALHO, Lívio Oliveira. **Juizados da Fazenda Pública**: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei nº

12.153/09) em vista da Teoria dos Microsistemas e das Particularidades da Celebração de Acordos pelo Poder Público. Salvador: Juspodivm, 2010.

MAFFINI, Rafael Da Cás. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança): em torno da Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, número 253, p. 159-172, 2010.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Soluções consensuais entre entes federativos: necessidade de distinção do regime jurídico aplicável aos convênios entre entes públicos e aos convênios entre a Administração Pública e as organizações particulares. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, p. 54-62, jun. 2012.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. A Audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da Afronta à Voluntariedade às Primeiras Experiências Práticas. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 129-140, 2016.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 253, p. 163-184, mar. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23-52.

\_\_\_\_\_. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, n. 116, p. 88-89, out./dez. 1992.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. Revisão: Paulo Bonavides. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: Fredie Didier Jr (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC — Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, v. 9, p. 27-34, 2016.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia Público-Privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 343-381.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda Pública e Execução**. Salvador: Juspodivm, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. A advocacia do Estado. **Revista da Procuradoria Geral de São Paulo**, n. 10, p. n-89, jun. 1977.

PERLINGEIRO, Gabriel. As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a administração pública. **Revista eletrônica de direito processual - REDP**, Rio de Janeiro, Ano 11, vol. 18, n. 03, p. 122-145, set-dez, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O processo: espaço de descoberta ou de construção de verdades? **Opinião Jurídica**. Fortaleza: Christus, v. III, n. 5, p. 97-110, 2005.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Arbitragem e Fazenda Pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. XIV, n.1, p. 338-410, 2014.

RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria I. V. **O estudo da política: tópicos selecionados**. Brasília: Paralelo 15, 1998.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e fazenda pública. In: **Processo societário**, II[S.l.: s.n.], v. 2. , 2015.

SILVA, Irapuã Santana do Nascimento da. Existe possibilidade de acordo no novo CPC? **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 111-126, jan/jun 2016.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Gabriel Felipe de. O papel de uma ouvidoria no âmbito da Administração Pública federal: a experiência da Ouvidoria-Geral da AGU. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 599-610.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 16 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 87-127

\_\_\_\_\_. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165-185.

\_\_\_\_\_. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. **A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56000>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017.

TASSE, Adel El. A missão do Advogado Público na defesa do Estado Democrático. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 25-35, out./dez. 2011.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 139-164.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética. 2003.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a**

construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 441-464.

WEBER, Max. **Ciência e política**. Duas vocações. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2011.